DAS RECHT DES KONSUMENTENKREDITS - SOZIALE ZIVILRECHTSAUSLEGUNG IM VERBRAUCHERSCHUTZ

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Assessor Udo Reifner, Berlin

1977

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549607_0011

DAS RECHT DES KONSUMENTENKREDITS - SOZIALE ZIVILRECHTSAUSLEGUNG IM VERBRAUCHERSCHUTZ

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Assessor Udo Reifner, Berlin

1977

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erstgutachter: Professor Dr. Uwe Wesel

Zweitgutachter: Professor Dr. Johann Wilhelm Gerlach

Tag der mündlichen Prüfung: 25. November 1977

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung S. 1

Erster Teil
Zivilrechtsdogmatik und soziale Wirklichkeit - Elemente einer Theorie sozialadäquater Rechtsanwendung S. 7

A Widersprüche in der Zivilrechtsdogmatik S. 9

I Abstrakte Rechtsfindung und Wirklichkeitsverständnis S. 9

II Rechtssicherheit und Auslegungsmethodik S. 16

III Recht und Gerechtigkeit S. 20

IV Widersprüche im Gebrauch dogmatischer Grundbegriffe S. 24

V Widersprüche aus der Verbraucherschutzgesetzgebung S. 32

VI Ergebnis S. 41

B Ansätze zur Einbeziehung des "Sozialen" in die Zivilrechtsdogmatik S. 44

I Pragmatismus und soziologischer Positivismus S. 45

II Der Verfassungspositivismus S. 54

III Der Sozialbegriff als Problem S. 60

C Prinzipielle und symptomatische Kritik der Gerechtigkeit im Zivilrecht S. 63

I Prinzipielle Kritik der Zivilrechtsdogmatik S. 66

II Die symptomatische Kritik S. 86

D Die soziale Auslegung S. 96

E Aufbau der Untersuchung S. 110

Zweiter Teil
Wirtschaftliche und historische Grundlagen des Konsumentenkreditrechts S. 113

A Der Begriff des Konsumentenkredits in der Wirtschaft S. 113

1. Kredit S. 113

2. Kredit an "Konsumenten" bzw. "Verbraucher" S. 117

B Interessen und Bedingungen des Konsumentenkredits S. 123

C Die Formen der Konsumentenkreditgewährung in ihrer geschichtlichen Abfolge und Bedeutung S. 130

I Vorkapitalistische Konsumentenkreditformen S. 130

II Konsumentenkredit und Handelskonzentration in der industriellen Revolution (1850-1926) S. 131

III Konsumentenkredit und der Absatz langlebiger Verbrauchsgüter (1926-1959) S. 141

IV Geldverwertung und Inflation im Konsumentenkredit (ab 1959) S. 158

V Die Perspektive im Konsumentenkredit S. 171

Dritter Teil
Das Recht des Konsumentenkredits - Soziale Problematik und zivilrechtliche Bewertung S. 174

A Zahlungseinstellung aufgrund einer Störung im kreditvermittelten Konsum S. 175

I Das soziale Problem S. 176

1. Der Verkauf der Kaufkraft als Warenverkauf S. 179

2. Der Konsumentenkreditnehmer im Erwerbsgeschäft S. 182

a) Täuschung S. 185

b) Sachmängel S. 196

c) Händlerkonkurs S. 199

II Die bisherige zivilrechtliche Beurteilung der aufgezeigten Probleme S. 202

1. Die Lösung des Gesetzgebers S. 204

a) Lösung nach der Grundkonzeption des BGB S. 204

b) Lösung durch ein Widerrufsrecht gem. § 1b AbzG S. 207

2. Lösungen der Rechtslehre S. 209

a) Ableitung eines Einwendungsdurchgriffs aus dem Gesetz S. 209

b) Ableitung eines Einwendungsdurchgriffs durch Rechtsfortbildung S. 216

c) Zum Selbstverständnis der Konstruktionen der Lehre gegenüber der Praxis S. 228

3. Die Lösung der Rechtsprechung S. 231

a) Die Entwicklung des Einwendungsdurchgriffs in der Rechtsprechung S. 231

b) Das Vorverständnis der Rechtsprechung zum Einwendungsdurchgriff und die Wirklichkeit S. 249

(1) Das Vorverständnis vom Kreditnehmer - hypothetische oder tatsächliche Vertragsfreiheit S. 252

(1.1) Die Abschlußfreiheit nach Auffassung der Rechtsprechung S. 253

(1.2) Die tatsächliche Abschlußfreiheit der Verbraucher im Konsumentenkredit S. 256

(1.3) Die tatsächliche Auswahlfreiheit der Verbraucher im Konsumentenkredit S. 268

(2) Das Vorverständnis zum Verhältnis von Handel und Banken - die sog. "wirtschaftliche Einheit" S. 283

4. Ergebnis der Kritik bisheriger Lösungen S. 293

III Einwendungsdurchgriff durch soziale Interpretation der Leistungspflicht des Kreditgebers S. 295

1. Die formale Struktur des Darlehns S. 296

2. Der soziale Inhalt der Geldleistungspflicht des Kreditgebers S. 301

a) Die Zweckstruktur der Leistung S. 301

b) Die wirtschaftliche Akzessorietät des Konsumzwecks zum Inhalt der Geldleistung S. 308

(1) Der allgemeine Wert des Geldes als Ausdruck seiner Akzessorietät zur Warenzirkulation S. 308

(2) Die Akzessorietät des im Konsumentenkredit geschöpften Geldes zum Konsumgüterabsatz S. 311

c) Der Ausdruck des wirtschaftlichen Zusammenhangs in den Formen der Konsumentenkreditgeschäfte S. 316

d) Die dogmatische Einordnung des Konsumzwecks in das Darlehen S. 320

3. Die Verfehlung des Konsumzwecks als Leistungsstörung im Kreditverhältnis S. 325

a) Die Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB auf Störungen des Konsumzwecks S. 325

b) Verzögerung bei der Erreichung des Konsumzwecks (§§ 320, 326 BGB) S. 328

c) Unvermögen bei der Erfüllung des Konsumzwecks (§§ 323-325 BGB) S. 331

(1) Vom Kreditgeber zu vertretendes Unvermögen (§ 325 BGB) S. 332

(2) Vom Kreditnehmer zu vertretendes Unvermögen (§ 324 BGB) S. 334

(2.1) Die objektive Zurechenbarkeit nach der Verantwortungssphäre S. 339

(2.2) Die subjektive Zurechenbarkeit S. 348

(3) Die Abwicklung gemäß § 323 BGB bei Unvermögen S. 350

4. Ergebnis und gesetzliche Regelung S. 351

B Zahlungsunfähigkeit und Leistungsstörung S. 356

I Das soziale Problem S. 356

II Die zivilrechtliche Beurteilung S. 377

1. Die Isolierung der Kreditrückzahlung vom Einkommen in der Zivilrechtsdogmatik S. 377

2. Dogmatische Neubestimmung der Geldleistungspflicht des Konsumenten S. 387

a) Zurechnung des sozial möglichen Willens als Vertragsinhalt S. 387

b) Die konkreten Anhaltspunkte der Zurechnung in einer sozialen Vertragsauslegung S. 390

c) Die dogmatische Einordnung der Rückzahlungsverpflichtung als Vorratsschuld S. 394

3. Die Anwendung der Bestimmung über Leistungsstörungen auf temporäre oder dauernde Zahlungsunfähigkeit S. 398

a) Zahlungsverzug S. 399

b) Unvermögen S. 403

4. Ergebnis S. 406

a) Die dogmatische Erheblichkeit der sozialen Ursachen von Zahlungseinstellung im Recht der Leistungsstörung S. 406

(1) Die Auslegung der vertraglichen Leistungsverpflichtungen in Bezug auf den verfügbaren Teil des Konsumfonds S. 406

(2) Wegfall des verfügbaren Teils des Einkommens S. 407

(3) Objektive Zurechenbarkeit des Wegfalls des verfügbaren Teils des Einkommens S. 407

(3.1) Arbeitslosigkeit und Kurzarbeit S. 408

(3.2) Krankheit S. 409

(3.3) Streik S. 410

(3.4) Zusätzliche Belastung des Konsumfonds S. 411

(4) Die subjektive Zurechnung wegen Unterlassens zumutbarer Anstrengung zur Schadensabwehr S. 411

b) Die Rechtswirksamkeit der "Verfallsklauseln" in den Formularverträgen der Kreditgeber S. 412

(1) Verzug S. 412

(2) Vermögensverfall des Schuldners S. 413

(3) Tod des Schuldners S. 414

(4) Falsche Angaben über die Vermögensverhältnisse bei Vertragsschluß S. 415

(5) Vermögensverfall oder Tod des Bürgen S. 415

(6) Wohnsitzwechsel und nachfolgende Kreditaufnahme S. 417

c) Zur sozio-ökonomischen und juristischen Rationalität des Ergebnisses S. 418

C Zusätzliche Belastung der Verbraucher bei der Abwicklung "notleidender" Kredite S. 422

I Die Verfallklausel S. 428

II Vertragsstrafe S. 432

III Der Ersatz des Verzugsschadens und die Nutzungsentschädigung S. 432

1. Verzugsschaden S. 435

a) Pauschalierung und abstrakte Berechnung des entgangenen Gewinns S. 435

b) Durchsetzungskostenpauschale S. 449

2. Nutzungsentschädigung S. 451

IV Wegnahme des Sicherungsgutes S. 464

1. Tatsächliche Problematik S. 464

2. Die zivilrechtliche Lösung S. 467

Vierter Teil
Entwurf eines Konsumentenkreditgesetzes S. 479

A Der Schutzbereich eines Konsumentenkreditgesetzes S. 479

I Verbraucherbegriff und Verbraucherschutzbereich im in- und ausländischen Verbrauchsrecht S. 479

II Ableitung der Schutzwürdigkeit des Verbrauchers aus seiner gesellschaftlichen Stellung S. 485

III Schutzwürdigkeit konkreter Verbrauchergruppen S. 494

1. Einschränkung nach personellen Kriterien (persönlicher Schutzbereich) S. 494

2. Einschränkung nach sachlichen Kriterien S. 496

3. Einbeziehung gewerblicher Kredite an Kleingewerbetreibende? S. 498

IV Abgrenzung Kredit - Miete (Leasing) S. 503

V Regelung zum Nichtratenkredit S. 508

VI Schutz vor unlauterer Werbung S. 509

C Wortlaut des Gesetzentwurfes S. 512

Literaturverzeichnis S. 517

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Orte
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AG	Arbeitsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGB-G	Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AgV/DGB	Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände/ Deutscher Gewerkschaftsbund
Allg. (Teil)/AT	Allgemeiner Teil
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
AP	Arbeitsgerichtliche Praxis
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausdrückl.	ausdrücklich
B	Beilage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
BBankG	Bundesbankgesetz
Bd.	Band
Bes. (Teil)/BT	Besonderer Teil
Berl. Verf.	Berliner Verfassung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt

B-Geschäft	"Berliner Modell"
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ / BGHZE	Entscheidung des Bundesgerichtshofes für Zivilsachen
BHI	Bank für Handel und Industrie
BRAT-Drucks.	Bundesratsdrucksache
Brem. Verf.	Bremer Verfassung
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BZ	Berliner Zeitung
bzw.	beziehungsweise
ca.	cirka
CCPA	Consumer Credit Protection Act
c.i.c.	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
Dok.	Dokument
DR	Deutsches Recht
dt.	deutsch
DuR	Demokratie und Recht
EG(-Entwurf) EG(-Richtlinie)	Europäische Gemeinschaften
Einl.	Einleitung
E-KKG	Entwurf eines Konsumentenkreditgesetzes
entspr.	entsprechend
etc.	etcetera
f.	folgend
ff.	fortfolgende
Ffm	Frankfurt am Main
Fn.	Fußnote
Forts.	Fortsetzung

FR	Frankfurter Rundschau
G	Gläubiger / Gruppe
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (internationales)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hervorh.	Hervorhebung
Hess. Verf.	Hessische Verfassung
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
IHK	Industrie- und Handelskammer
insbes.	insbesondere
IPW	Institut für Politik und Wirtschaft
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
Jg. / Jhrg.	Jahrgang
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K	Käufer
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
KK	Konsumentenkredit
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KWG/KreditwesenG	Kreditwesengesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
lat.	lateinisch
LG	Landgericht

LM	Lindenmaier-Möhring
LZ q	Leipziger Zeitung
m. abl. Anm.	mit ablehnender Anmerkung
MDR	Monatszeitschrift des Deutschen Rechts
m. E.	meines Erachtens
MEW	Marx/Engels-Werke
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweise
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
o. J.	ohne Jahresangabe
OLG	Oberlandesgericht
p.	page
p. a.	pro anno
PreisAusZVO	Preisauszeichnungsverordnung
RabattG	Rabattgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitung
RAG	Reichsarbeitsgericht
Rdn.	Randnummer
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RG	Reichsgericht
Rspr.	Rechtsprechung
RuP	Recht und Politik
S	Schuldner
S.	Satz / Seite
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte
Sp.	Spalte
s. S.	siehe Seite
Stat. Jhb.	Statistisches Jahrbuch
StGB	Strafgesetzbuch
str.	strittig
s. u.	siehe unten
Tab.	Tabelle

Teilbd.	Teilband
TW	Teilzahlungswirtschaft
u. a.	unter anderem
u. a. m.	und anderes mehr
u. ä.	und ähnliches
UCCC	United Consumer Credit Code
U. R.	Udo Reifner
Urt. v.	Urteil vom
USCA	United States Code Annotated
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz über den unlauteren Wettbewerb
V	Verkäufer
v.	von, vom
Verf.	Verfasser
Vers.R.	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vhdlungen	Verhandlungen
VVDStRL	Verhandlungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
vv.	vervielfältigtes
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
w. Nachw.	weitere Nachweise
WZB	Wissenschaftszentrum Berlin
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z. T.	zum Teil
ZVP	Zeitschrift für Verbraucherpolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeßrecht

EINLEITUNG

Obwohl das Recht sich in seinen Begriffen auf empirisch wahrnehmbare Handlungen bezieht, ist die dogmatisch-theoretische Frage bisher offen, wie Widersprüche zwischen der rechtlichen Definition von Wirklichkeit und ihrer tatsächlichen Gestalt aufgelöst werden können. Das Problem sollte in einer Reihe von theoretischen Studien auf der Grundlage der einschlägigen Theoriediskussion zur Integration der Sozialwissenschaft in die Rechtswissenschaft bzw. zur Kritik des bürgerlichen Rechts bearbeitet werden. Diese Studien und Analysen [1] sind in der vorliegenden Arbeit jedoch nicht mitaufgegenommen worden. Vielmehr ging es darum, vom Ergebnis dieser Überlegungen her einen konkreten Bereich zivilrechtlicher Rechtsanwendung zu bearbeiten und damit der Theorie die in diesem Bereich allzu selten gestellte Frage praktischer Relevanz entgegenzuhalten.

Die neue Erfahrung dieser Untersuchung, die ursprünglich nur als Konkretisierung zur theoretischen Anschauung gedacht war, bestand darin, daß die konkrete Analyse zu einer beständigen Neuformulierung und Hinterfragung der theoretischen Erkenntnisse führte bzw. Elemente enthielt, die über diesen Rahmen hinausgehen. Insbesondere zeigte sich, daß die theoretischen Strukturen, die zur Erklärung von Widersprüchen in der zivilrechtlichen Praxis zur Verfügung standen, nicht ausreichten, um die Widersprüchlichkeit eines Systems zu erfassen, das seine Handlungsanleitungen

---

1) Als Vorarbeiten wurden folgende Manuskripte angefertigt und für die Diskussion in einem engeren Personenkreis vervielfältigt: Kritik des bürgerlichen Rechts - Überlegungen zu Gegenstand und Methode der Zivilrechtswissenschaft, 1972, 223 S.; Struktur des Rechts - Überlegungen zur Strukturierung des rechtswissenschaftlichen Lehrstoffes in der juristischen Ausbildung, 1973, 52 S.; Überlegungen zu Gegenstand und Methode einer Untersuchung des Rechts des Konsumentenkredits im gesellschaftlichen Zusammenhang, 1974, 49 S.

aus dem Gesetz, Kunstlehren der Wissenschaft, aus der Profession, aus strukturellen Aspekten der Rechtsgeschichte, aus geistesgeschichtlichen Wurzeln, aus der politischen Relevanz seiner Entscheidungen, aus technischem und wirtschaftlichem Fortschritt, politischem Kräfteverhältnis, partikularen Interessen u. a. m. ableitet. Nur ein sehr weitgesteckter sozial- und rechtsgeschichtlicher Überblick zeigte die dominierenden ökonomischen Triebkräfte dieser Entwicklung, als deren Ergebnis das heutige Recht des Konsumentenkredits zu erfassen war.

Aus den Erkenntnissen der praktischen Rechtsanwendung erfolgte ein erster Versuch, die Theorie zur Integration der Sozialwissenschaften in die Rechtsanwendung im Zivilrecht noch einmal zu formulieren. Unter den Prämissen der Abhängigkeit des Rechts von den jeweiligen historisch konkreten gesellschaftlichen Verhältnissen und der grundlegenden Bedeutung von Widersprüchen in der Zivilrechtsdogmatik als Bewegungselemente sich entwickelnder Wissenschaftlichkeit wurde daher im 1. Teil versucht, mit den Begriffen der prinzipiellen und symptomatischen Kritik der Zivilrechtsdogmatik die Konturen einer "sozialen Zivilrechtsinterpretation" zu zeichnen.

Die eigentlich folgenreichste Entdeckung für die konkrete Analyse im darauf folgenden praktischen Teil liegt in der Themenstellung. Aus der anfänglichen Bearbeitung des Abzahlungsrechts

wurde mit dem Thema "Recht des Konsumentenkredits" die theoretische Herausforderung an die Rechtsanwendung konkret festgelegt. In der Beschränkung auf Kredite an Konsumenten wird nicht nur eine technische Eingrenzung des sozio-ökonomisch zu erfassenden Bereichs zum Ausdruck gebracht, sondern be-

reits festgelegt, daß der soziale Zweck des Kredits zum persönlichen Verbrauch zum entscheidenden Kriterium des Problemverständnisses in diesem Bereich erhoben wird. Die Bezeichnung Konsumentenkreditrecht soll nicht als eine moderne Aufbereitung und Zusammenstellung verstreuter Rechtsmaterien für eine bestimmte Interessengruppe verstanden werden, wie es etwa aus Handbüchern zum Recht des Bankkaufmanns oder Handlungsgehilfen bekannt ist. Vielmehr soll aus dieser Verbindung die methodische Konsequenz gezogen werden, daß die den sozio-ökonomischen Bereich abgrenzenden Prinzipien auch im Recht zur Geltung kommen und damit den herkömmlichen Bereich des Abzahlungsrechts einmal durch die Konsumtion entsprechend einschränken, zum anderen durch den Begriff Kredit über die im AbzG und seine Judikatur festgelegten Finanzierungsformen hinaus erweitern.

Die Erweiterung auf den Kredit, der im Kreditwesengesetz ja bereits als Rechtsbegriff benutzt wird, erweist sich dabei als eine durchaus logische Erweiterung des Darlehnsbegriffs und der Stundung in der Dimension, die durch § 305 BGB vorgezeichnet ist. Die soziale Funktion des Kredits im Konsum findet demgegenüber keine dogmatische Ebene, da sie quer zur formalen Abstraktion des Zivilrechts steht.

Bei der Untersuchung der Bedeutung dieser Dimension für die juristische Begrifflichkeit und Wertung sozialer Verhältnisse war die Frage nach der sozialen Gestalt und Bedeutung des persönlichen Verbrauchs zu beantworten, da ja dessen reale nicht durch juristische Selektion vorgeformte Gestalt im Recht zur Geltung gebracht werden sollte. Der persönliche Verbrauch bildet jedoch wiederum den Gegenstand umfangreicher Theorien und Untersuchungen einmal

im Marketing, zum anderen in der Konsumsoziologie sowie in der rechtspolitischen Diskussion zum Verbraucherschutz. Funktion, Gestalt und Bedeutung des persönlichen Verbrauchs werden in diesen Sozialwissenschaften je nach dem Erkenntnisinteresse und dem wissenschaftstheoretischen Ansatz konträr eingeordnet, so daß die Frage nach der Integration sozialwissenschaftlicher Ergebnisse in die Rechtswissenschaft angeben müßte, um welche Sozialwissenschaft es sich dabei handeln soll. Sieht man z. B. den persönlichen Verbrauch als Forschungsobjekt in der Absatzstrategie für Konsumgüter und Kredite, so kommen die Ergebnisse dieser volkswirtschaftlichen Definitionen dem juristischen Bild des Verbrauchers als einer Person, die begrenzte finanzielle Mittel optimal zu ihrem Nutzen auf dem Markt einsetzen will, außerordentlich nahe. Auch in rollensoziologischen Definitionen des Verbrauchers finden sich die wesentlichen juristischen Grundannahmen zum persönlichen Verbrauch bestätigt, wonach der Verbrauch eben nur eine dem Menschen an sich äußerliche Bestimmung ist. Erst in der theoretisch wie empirisch hergestellten Beziehung zwischen persönlichem Verbrauch und Arbeit, d. h. in der Definition des persönlichen Verbrauchs als individueller Reproduktion der Arbeitskraft, zeigen sich grundsätzliche Widersprüche zum Bild des austauschbaren Vertragspartners, der Konsummöglichkeiten als Waren auf dem Markt erwirbt. Je nachdem, welchem der angebotenen Erklärungsmodelle man folgt, wird die Integration der jeweils als Tatsache oder als wirklichkeitsadäquate Theorie angebotenen Verbrauchsforschung entweder zur Affirmation des juristischen Weltbildes, zur geringfügigen Korrektur allzu grober rechtlicher Vereinfachungen oder zur prinzipiellen Kritik juristischer Bewertungsmuster. Die Verbraucherschutzdiskussion zeigt dabei, wie sehr die Erklärung der Wirklichkeit auf der Grundlage eines kritischen Bewußtseins der

Öffentlichkeit zu Qualität und Interesse der Konsumgüterhersteller und des Handels gleichzeitig auch ideologische Funktionen haben kann, wenn man in dieser Diskussion der in Arbeitnehmer und Unternehmer gespaltenen Gesellschaft das Bild einer alle umfassenden einheitlichen Verbrauchergesellschaft entgegenhalten kann, bei der die Verbraucherinteressen gegen die Interessen des Produktionssektors (Arbeitnehmer und Unternehmer) gestellt werden. Durch die Erklärung der Schutzwürdigkeit des Verbrauchers allein aus den Wettbewerbsverzerrungen des Marktes wird im übrigen die Möglichkeit eröffnet, das zunehmend in Mißkredit geratene Modell der Marktwirtschaft auch in Krisenzeiten als Garanten der Verbraucherinteressen und damit eines allgemeinen Interesses gegenüber partikularen Interessen der Arbeitnehmer auszuweisen.

Über die Identifikation von Marktwirtschaft und Vertragsfreiheit gerät so die Wirklichkeitsbetrachtung unmittelbar wieder zur juristischen Legitimation des gerade erst Infragegestellten. Die methodische Fragestellung in der Rechtswissenschaft muß daher zugleich auch die Methodenfrage in den Sozialwissenschaften stellen. Die wichtigere wissenschaftstheoretische Trennungslinie liegt somit nicht mehr zwischen Rechtspositivisten und Vertretern einer sociological jurisprudence, sondern zwischen einer die Rechtswissenschaft einbeziehenden Sozialwissenschaft, die die wesentlichen Momente der gesellschaftlichen Entwicklung aus der historischen Analyse in den Produktionsverhältnissen sieht und erforscht, und den positivistischen Ansätzen, gleichgültig, ob sie die Wahrheit der real existierenden Gesellschaft oder dem bestehenden Recht zuschreiben.

Der eigene wissenschaftstheoretische Standpunkt soll nicht als wahr und verbindlich deklariert werden. Aus

seinen Bedingungen und Konsequenzen in der Rechtsanwendung war deutlich zu machen, daß auch die traditionelle Jurisprudenz sowie die positivistische Sozialwissenschaft nicht voraussetzungslos und objektiv handelt, sondern nur den Schein solchen Vorgehens erzeugt. Erst die Auseinandersetzung dort, wo bisher in einem allgemeinen wissenschaftspolitischen Konsens fast jegliche Diskussion erstickt ist, kann Aufschluß darüber geben, ob es mit dem wissenschaftlichen Anspruch vertretbar ist, die eigenen politischen und gesellschaftstheoretischen Voraussetzungen auszuklammern, so daß jede hiervon abweichende Meinung als von außen kommende Politisierung der Rechtswissenschaft erscheint. Auf der anderen Seite ist Kritik nicht um ihrer selbst willen da, sondern Bedingung und Teil praktischer Veränderung. Theoretisch bewußte und zielgerichtete Reform muß daher zwischen Entlarvungsstrategie und Pragmatismus einen Weg finden.

ERSTER TEIL

ZIVILRECHTSDOGMATIK UND SOZIALE WIRKLICHKEIT - ELEMENTE EINER THEORIE SOZIALADÄQUATER RECHTSANWENDUNG

Wer sich mit der tatsächlichen Situation verschuldeter Verbraucher, Marktmacht und Absatzstrategien ihrer Kreditgeber, Ursachen der privaten Insolvenz und sozialer Funktion und Funktionsweise der Justiz im Verbraucherkredit beschäftigt [1], wird als Jurist vor die Frage gestellt, welche Bedeutung diese Erkenntnis eigentlich für jenes ausdifferenzierte Zivilrechtssystem hat, das den Anspruch erhebt, vorhersehbare und gerechte Lösungen für die Probleme in diesem Bereich bereitzustellen.

Die klassische Antwort darauf wird lauten, daß es prinzipiell Aufgabe des Juristen sei, Gesetz und Recht auszulegen, um es anzuwenden, während der Sozialwissenschaftler sich um die Erforschung der Wirklichkeit zu kümmern hat und seine Ergebnisse dem Gesetzgeber zur Verfügung stellen kann. Gerade mit dieser Bescheidung des Juristen sei seine Stellung als Garant von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit begründet, deren Ideale in den Grundbegriffen juristischer Dogmatik verankert seien. Die Einheit und systematische Einheitlichkeit des Begriffs- und Normensystems gewährleiste diese Ideale auch für den konkreten Einzelfall. In einem zweiten Schritt wird man über Ausnahmen von diesen Grundsätzen sprechen, die die Unvollkommenheit des Rechtssystems und seiner wissenschaftlichen Erfassung bestätigen und für die eine systematische Erklärung innerhalb des geltenden Rechtssystems zu suchen ist.

---

1) Vgl. das zu dieser Arbeit komplementäre Buch Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen zum Verbraucherschutz im Konsumentenkredit

Man kann diese Ausnahmen jedoch als Widersprüche in der Rechtswissenschaft analysieren und damit die im Regel-Ausnahme-Schema ausgeschlossene Antwort mitberücksichtigen, wonach das System der Rechtsdogmatik aus prinzipiellen Fehlern heraus gar nicht in der Lage ist, entsprechend seinen Ansprüchen das geltende Recht und die Methodik der Rechtsanwendung zu erklären und zu leiten. Damit würde man die Rechtswissenschaft auf eine Tradition der Wissenschaftlichkeit verpflichten, die in den Widersprüchen die eigentliche Aufgabe der Fortentwicklung der Wissenschaft sieht und sich aus ihrer eigenen Infragestellung heraus zu einer besseren Erkenntnis ihres Gegenstandes entwickelt. Daß die deutschen Juristen vor allem vom Boden der bestehenden Rechtsdogmatik aus versuchen, Entwicklungen als Teil des Bestehenden auszuweisen, ist dabei nicht verwunderlich, wenn man die Entsprechungen in der praktischen Politik sieht, in denen im Gegensatz zu den romanischen Ländern z. B. die Einheit in Grundfragen als Dogma politischen Überlebens herrscht. Ein solches Dogma widerspricht jedoch im Bereich der Erkenntnis dem Anspruch von Wissenschaftlichkeit. Das Lernen an Widersprüchen, indem sie weder im Regel-Ausnahme-Schema erstarrt noch durch pragmatische Argumente verniedlicht werden, muß daher auch für den Juristen wichtigste Aufgabe werden, damit seine konstruktive Arbeit nicht in unwissenschaftliche politisch affirmative Sozialtechnologie abgleitet.

Im folgenden sollen daher die Widersprüche in der herrschenden Rechtsanwendung im Zivilrecht, wie sie bei der Konzipierung einer Untersuchung zum Abzahlungsrecht deutlich wurden, ernst genommen und aus ihrer Analyse der Versuch unternommen werden, die herrschende Rechtsanwendung entsprechend ihren eigenen Postulaten besser zu

erfassen und in einer konkreten Rechtsbehandlung die wissenschaftliche Reflektion der eigenen Arbeitsmethodik zur Geltung kommen zu lassen.

A Widersprüche in der Zivilrechtsdogmatik

Die an die eingangs erwähnte "klassische Antwort" der Zivilrechtsdogmatik gerichteten Fragen lauten: Gibt es in der Rechtsanwendung eine Trennung zwischen Sein und Sollen, eine Rechtssicherheit durch Gesetzesauslegung, eine dem Recht immanente Gerechtigkeit, eine begrifflich systematisierte Wertordnung und eine einheitliche Struktur der Rechtsbegriffe und, soweit dies verneint werden muß, wohin weisen die dort festgestellten Widersprüche.

I Abstrakte Rechtsfindung und Wirklichkeitsverständnis

Den Anspruch des Zivilrechts, mit verbundenen Augen gegenüber der sozialen Wirklichkeit die gerechte Entscheidung bereit zu halten, hat Sinzheimer treffend formuliert:

"Die Abstraktion des bürgerlichen Rechts beruht auf einer bestimmten Logik, die analytisch und formal ist. ... Das Notwendige kann nur durch die Vernunft, nicht durch die Erfahrung erkannt werden. Denn 'Erfahrung lehrt uns zwar, daß etwas so oder so beschaffen sei; aber nicht, daß es nicht anders sein könne.' Das, was nicht anders sein kann, ist das Allgemeine, das allen Erfahrungsobjekten anhaftet. Der Allgemeinbegriff ist allein wesentlich. Was nicht in ihm aufgeht, ist unwesentlich, ist 'Inhaltsüberschuß'. Unwesentlich ist alles Faktische und Empirische. ... Die Begriffe haben mit ihm nichts zu tun. Sie vergleichen an dem Empirischen nur den Vernunftsgehalt, der überall gleich ist. Deswegen hat es diese Logik nur mit gleichen Größen, - ... - mit den Formen der Dinge und Menschen, nicht mit ihnen selbst zu tun. Sie kennt nicht Arbeiter und Arbeitgeber, Arme und Reiche. Sie kennt nur Personen. Alles andere, das entscheidend für das Dasein der Menschen ist, ist, wie der Jurist, ..., zu sagen pflegt, nur tatsächlich, d. h. außer dem begrifflichen Blickpunkt liegend, deswegen nicht beacht-

lich." [1]

Überblickt man die Erörterungen zum finanzierten Abzahlungskauf in Rechtsprechung und Lehre, so trifft man jedoch nicht nur auf die wirtschaftspolitische Enthaltsamkeit, die noch in einer Dissertation damit begründet wird, daß "hier nur einige rechtliche Probleme, ..., untersucht werden sollen," [2] sondern zunehmend auf plausible Erklärungen des Konsumentenkredits, die dem herrschenden Wirtschaftsverständnis zwar entsprechen, jedoch weder wissenschaftlich abgeleitet noch methodisch zur juristischen Arbeit vermittelt sind.

Das Reichsgericht [3] übte in seiner Wirklichkeitsbeschreibung zwar noch große Zurückhaltung, gleichwohl finden wir auch dort ein Vorverständnis angegeben, das lediglich in die "deutsche Verkehrsanschauung" und das "Anstandsgefühl billig und gerecht denkender Leute" eingekleidet wird. Nachdem das klagende Finanzierungsinstitut "die volkswirtschaftliche Wichtigkeit des hier zur Beurteilung stehenden Vertragstypus betont und dargelegt" [4] hatte und dabei auch auf die Verhältnisse in Amerika und England eingegangen war, führte es aus: "Darauf kommt es nicht an. Denn die Frage, ob der hier vorliegende Darlehensvertrag Rechtsbestand hat, ist nur nach deutschem Recht, im besonderen nach deutscher Verkehrsanschauung, zu entscheiden. Nach dieser ist er aber mit dem Anstandsgefühl billig und gerecht denkender Leute nicht vereinbar." Das wirtschaftliche Vorverständnis wird als rechtlich irrelevant abgetan, jedoch über den Begriff "Verkehrsanschauung" wieder zurückgeholt.

---

1) Das Weltbild des bürgerlichen Rechts, in ders., Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Bd. 2, S. 318
2) Walther, Die Rechte des Käufers aus seinen Beziehungen zum Verkäufer gegenüber einem Finanzierungsinstitut insbesondere beim B-Geschäft, Diss. 1961, S. 12
3) RGZE 128, 251
4) A.a.O. S. 257

Der Bundesgerichtshof verzichtet in seinen Urteilsbegründungen ebenfalls auf die Explikation seines allgemeinen Vorverständnisses. Daß seinen Urteilen aber wirtschaftliche Erwägungen zugrunde liegen, zeigt der Präsident des für Abzahlungsgeschäfte zuständigen Senates, Pagendarm:
"Das Abzahlungsgeschäft ist heute nicht mehr nur die Möglichkeit des kleinen Mannes, sich Stuhl, Schrank und Bett zu verschaffen; es wird von einem größeren Personenkreis als 'Vorgriff auf künftiges Einkommen' vielfach zum Kauf von Luxusgütern, Fernsehgerät, Teppichen, Kraftwagen angewandt." [1] Das ordo-liberale Argument vom "Vorgegessenen Brot" [2] schwingt im "Vorgriff auf künftiges Einkommen" und in der Bezeichnung "Luxusgüter" mit, während im übrigen die Argumente der Bankenvertreter erkennbar sind, die schreiben, daß "es sozial unverantwortlich (wäre), Bombengeschädigte, Heimatvertriebene, Flüchtlinge und junge Ehepaare so lange warten zu lassen, bis sie die erforderlichen Mittel zum Aufbau eines neuen Haushalts zusammengespart haben." [3]

In der juristischen Literatur korrespondiert zumeist einer abwertenden Haltung gegenüber dem Abzahlungsgeschäft eine juristisch restriktive Interpretation, während die Befürworter des Abzahlungsgeschäfts die Vorteile des Käufers hervorheben und den Kreditgebern juristisch größere Freiheiten zugestehen wollen. So macht etwa Ewald keinen Hehl daraus, daß ihn viele Dinge am Abzahlungsgeschäft "ärgern" [4], während seine Argumentation zur Einheitstheorie als rein juristisch deduktiv gelten soll [5]. Demgegenüber

---

1) Das finanzierte Abzahlungsgeschäft - Bemerkungen zu acht neuen Urteilen des Bundesgerichtshofs, WM 67, 434 (435)
2) Vgl. Röpke, Vorgegessen Brot
3) Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken, S. 35
4) Das geltende Abzahlungsgesetz und seine Reform, S. 42
5) Vgl. Um die 'Einheit' zwischen Darlehensvertrag und Kaufvertrag beim "finanzierten" Abzahlungsgeschäft, MDR 56, 583

beginnt Müller-Laube sein ausgedehntes juristisches Plädoyer für die Vertragsfreiheit mit der Feststellung: "Dem Menschen stehen nur beschränkte Mittel zur Verfügung, um seine ungezählten Bedürfnisse zu decken." [1] Ganz nebenbei erscheint dann die Bemerkung: "Die bankmäßige Kundenfinanzierung in Form des B-Geschäfts, eine sinnvolle Geschäftsgestaltung im modernen Wirtschaftsleben, fügt sich ..." [2]

Hoerter braucht zur wirtschaftlichen Grundlegung seiner juristischen Ausführungen Behauptungen wie, daß "die Aufnahme von Verbraucherkrediten der Stabilität irgendeiner Wirtschaft bisher jedenfalls kaum Abbruch getan" und daß "nicht zuletzt durch die bedeutende Erweiterung der Wahlfreiheit des Verbrauchers, ..., das Wirtschaftswachstum durch die Erleichterung der Bedürfnisbefriedigung wesentlich beschleunigt (wird)" [3].

Esser spricht von der "Denaturierung des ursprünglich einheitlichen Ratenzahlungsgeschäftes" [4].

Larenz' [5] Vorverständnis erscheint unter einem moralischen Aspekt: "Der Gedanke des Schutzes wirtschaftlich überwiegend schwacher und geschäftlich meist wenig erfahrener Käuferschichten, ..., rechtfertigt einen Schutz dieser Käuferschichten auch gegen solche Nachteile, die ihnen aus der Aufspaltung des Ratenkaufs in Verträge mit zwei verschiedenen, aber gemeinsam auftretenden Partnern drohen." [6] An anderer Stelle sieht er die "wirtschaftliche Be-

---

1) Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft, S. 23
2) A.a.O. S. 234
3) Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 14
4) Das Verhältnis von Kaufvertrag und Darlehensvertrag beim B-Geschäft des finanzierten Teilzahlungsgeschäfts, Festschrift Kern 1968 S. 87 (92)
5) Das Zurückbehaltungsrecht im dreiseitigen Rechtsverhältnis, Festschrift Michaelis, S. 201
6) A.a.O. S. 201

deutung" des Ratenkaufs darin, daß es "dem Käufer, meist dem letzten Verbraucher, die Anschaffung solcher Gegenstände erleichtert, deren Anschaffungskosten den von ihm nicht für den reinen Lebensunterhalt benötigten Teil seines monatlichen Einkommens übersteigen." [1]

Th. Raiser, der im Gegensatz zu den bisher Genannten sich ausdrücklich zur Relevanz des wirtschaftlichen Vorverständnisses bekennt, sieht das finanzierte Abzahlungsgeschäft folgendermaßen: "Der Verkäufer wird als Glied der Verteilerorganisation durch ihn (den Kredit, U. R.) in den Stand gesetzt, seine wirtschaftliche Aufgabe wirkungsvoller zu erfüllen, und der Käufer kommt in die Lage, das Gut, das er nach den Prinzipien des Systems erwerben soll, früher zu kaufen, als er es ohnehin könnte." [2]

Emmerich läßt sein wirtschaftliches Verständnis in einer entstehungsgeschichtlichen Bemerkung erkennen, wenn er meint: "der finanzierte Abzahlungskauf verdankt seine Entstehung der Kapitalarmut der Verkäufer ..." [3], wodurch ein besonderes Interesse dieser Gruppe impliziert wird.

Gilles konstatiert, "daß es (das finanzierte Abzahlungsgeschäft, U. R.) den Interessen und Bedürfnissen aller Geschäftsbeteiligten entgegenkommt". Ob es gesamtwirtschaftlich positiv oder negativ einzuschätzen ist, hängt seiner Meinung nach "von den jeweiligen konjunktur- oder stabilitätspolitischen oder, weitgehend, vom jeweiligen politischen Grundstandpunkt zur geltenden Wirtschaftsordnung ab." [4]

---

1) Schuldrecht II S. 91
2) Einwendungen aus dem Kaufvertrag gegenüber dem Finanzierungsinstitut beim finanzierten Abzahlungskauf, RabelsZ Jg 33 (1969) S. 469
3) Der finanzierte Abzahlungskauf, JuS 71, 273
4) Der sogenannte Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Umsatz- und Dienstleistungsgeschäften als rechtspolitisches und methodisches Problem, JZ 75, 305 (307)

Möllers wiederum geht beim finanzierten Abzahlungsgeschäft davon aus, daß es "um den wirtschaftlich denkenden, das Bargeschäft möglichst vermeidenden Käufer von hochwertigen Gütern (geht), der sehr gut in der Lage ist, die auch für ihn (Hervorhebung von Möllers) vorhandenen Vorteile des Kreditgeschäfts auszunutzen." [1]

Die Finanzierung durch Finanzierungsinstitute gibt nach Auffassung von Strack "dem V die Möglichkeit zu verkaufen, ohne von dem derzeitigen Zahlungsvermögen des K abhängig zu sein. Der K ist imstande, einen Bedarf zu decken, für den die Mittel erst in einem späteren Zeitpunkt vorhanden sein werden. Dafür verteuert sich für ihn die Kaufsache erheblich." [2]

Schon mit dem Begriff "Luxusgüter", wie ihn die Rechtsprechung zur Charakterisierung bestimmter finanzierter Waren verwendet [3], verbinden sich Vorstellungen, wonach durch den Konsumentenkredit im Prinzip aufschiebbarer Konsum vorgezogen oder aber überhaupt Verzichtbares konsumiert wird.

Das allgemeine wirtschaftliche Vorverständnis zum Konsumentenkredit in seiner Form des finanzierten Abzahlungsgeschäftes wird vervollständigt durch die Vorstellung über den typischen Konsumentenkreditnehmer, der "sozial schwach" [4], "juristisch und geschäftlich unerfahren" [5] oder "häufig geschäftsungewandt" [6] ist, und bei dem "in manchen Fällen

---

1) Der BGH zur Teilzahlungsfinanzierung, NJW 73, 1919 (1921)
2) Die Anwendung des Abzahlungsgesetzes auf Finanzierungsinstitute und ihre Auswirkungen, Diss. Köln 1960 S. 11
3) BGH NJW 67, 1025/1026; Pagendarm, Das finanzierte Abzahlungsgeschäft, WM 67, 434 (435)
4) BGH MDR 56, 597
5) BGH NJW 61, 168
6) BGH NJW 74, 365

... Gleichgültigkeit und Leichtfertigkeit in der Behandlung der privaten finanziellen Situation" beobachtet werden kann [1].

Über die Kreditgeber finden sich kaum Bemerkungen. Sie e: scheinen in ihrer rechtlichen Rolle als Kläger oder Vertrag partner aus der Anonymität der juristischen Person heraus gelöst und werden wie natürliche Personen behandelt, die B dürfnisse haben, ihren Vorteil wie "jeder Mensch" suchen und auch fehlerhaft handeln können. So wird etwa festgestell daß "die Klägerin ihr erheblich höheres Risiko entsprechend abzusichern versucht" [2]. Ihr Interesse an der Gewinnmaximierung erscheint allenfalls als ein Interesse neben z. B. einem "erheblichen Interesse zur schnelleren und reibungslo sen Abwicklung von Kreditgeschäften" [3]. Möhring sieht in den Banken uneigennützige Dienstleistungsbetriebe und folgt daraus: "Gerade der 'Verbraucher' muß sich entgegenhalten lassen, daß er nicht von einer Entwicklung profitieren kann, die auf seiten desjenigen, der solche Dienstleistungen zur Verfügung stellt, mit einer Zunahme von Risiken und Gefahren verbunden ist, ohne auch seinerseits Einschränkungen hinzunehmen." [4]

Diese Beispiele zeigen, daß die Praxis juristischer Argumentation trotz Beteuerungen ihrer rein rechtlich deduktiven Aufgabe [5] immer weniger auf Beurteilungen der Wirklichkeit verzichtet.

---

1) LAG Berlin NJW 76, 263
2) LG München MDR 76, 399
3) OLG Hamm NJW 74, 1951 (1952)
4) Die gesetzliche Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 74, 1689 (1690)
5) Vgl. Achterberg, Gedanken zur Einführung rechtssoziologischer Lehrveranstaltungen, JZ 70, 679; Naucke, Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, S. 12

Soweit die Auffassungen über die Wirklichkeit die Prinzipien juristischer Widerspiegelung der Realität wie die Wertneutralität ökonomischer Handlungen, Gleichheit und Freiheit der Menschen und Gleichwertigkeit der unterschiedlichen Interessen im großen und ganzen bestätigen, werden sie als legitimatorische Stützen für die schwindende Plausibilität und Konsensfähigkeit dogmatischer Entscheidungskriterien bereitwillig zugelassen.[1]. Realitätsverleugnung der Rechtsanwender [2] bedeutet daher nur den Ausschluß methodisch reflektierter und d. h. sozialwissenschaftlicher Erfassung der Wirklichkeit [3]. Mit "Alltagstheorien" [4], hermeneutischem Vorverständnis [5] und ihrem wachsenden Stellenwert in der juristischen Argumentation erweist sich die Rechtswissenschaft bereits als sozialbezogene Argumentationstechnik, die mit der Trennung von Sein und Sollen sich nur noch gegen prinzipielle Kritik absichert.

II Rechtssicherheit und Auslegungsmethodik

"Die Gesetzesgebundenheit", schreibt Hirsch [6], "soll ... auch die Last der Frage nach der angemessenen und gerechten Lösung abnehmen."

---

1) Vgl. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 7; dazu auch ders., Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, JZ 75, 555

2) Krawietz, Juristische Methodik und ihre rechtstheoretischen Implikationen, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2 (1972), S. 12

3) Vgl. Lautmann, (s. u. Fn. 4) S. 71; ders., Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz, z. B. S. 61; Däubler, Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts, in: Streik und Aussperrung, S. 411 (432 ff.); Limbach, Die rechtliche Erheblichkeit gesellschaftlicher Unwissenheit, in Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 4 S. 312

4) Lautmann, Justiz - die stille Gewalt, S. 21

5) Esser, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972) S. 97 ff.

6) Rechtssoziologie heute, Sonderheft 11 der KZfSS S. 9

Gesetzesbindung soll ferner Rechtssicherheit garantieren, in dem die richterliche Entscheidung von subjektiven nicht vorhersehbaren Elementen getrennt wird.

Die Vermittlung des allgemeinen Gesetzes zur konkreten Entscheidung wird jedoch in zunehmendem Maße problematisch. Die Bemerkungen über die Wirklichkeit, wie sie scheinbar beiläufig die Mehrzahl der juristischen Arbeiten zum Abzahlungsrecht begleiten, erweisen sich nämlich dann letztlich doch als unentbehrlich, wenn sie in dem methodischen Konglomerat, das heute gerade das Abzahlungsrecht beherrscht, allein noch die Chance bieten, eine eigene Lösung in den herrschenden Konsens zu integrieren. Durch die Fülle der zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden wird dabei verdeckt, daß die Auswahl und die Kombination dieser Methoden selber ungeregelt ist und daher das Entscheidungsergebnis jeweils nur in einer Methodik nachvollziehbar ist. Durch die Irrationalität der Methodenfindung wird dann jedoch dem Richter der Entscheidungsspielraum eingeräumt, der es ihm erlaubt, seine Rechtsanwendung am Ergebnis der Entscheidung (Folgenkontrolle) auszurichten und damit seinem rechtspolitischen Vorverständnis in der Praxis Geltung zu verschaffen.

Esser [1] hat dabei aufgezeigt, wie dieses Vorverständnis schon bei dem "vermeintlich eigenen Zeichenwert der Begriffe" (S. 37) des Rechts, bei der Auswahl der Interpretationsmethode (S. 9), bei der Entscheidung zur Analogie (S. 107) und bei der Auffüllung vermeintlicher oder tatsächlicher Gesetzeslücken (S. 177) seinen unbemerkten Einzug in die Rechtsfindung gehalten hat. Essers Behauptung: "Die Praxis - ... - geht nicht von doktrinären 'Methoden' der Rechtsfindung aus, sondern sie benutzt sie nur, um die nach

1) Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung

ihrem Rechts- und Sachverständnis angemessenste Entscheidung lege artis zu begründen" (S. 7), läßt sich hinter den Leerformeln in den Entscheidungsbegründungen nur vermuten. Einige konkrete Anhaltspunkte über die Praxis im Beratungszimmer, die Lautmann [1] in seiner teilnehmenden Beobachtung zusammengestellt hat, bestätigen jedoch dieses Urteil.

Gerade im Abzahlungsrecht, in dem bereits Ende des 19. Jahrhunderts die soziale Situation der Verbraucher dem Dogma freier Vertragsgestaltung entgegengesetzt wurde, war das Methodenkonglomerat der Rechtsfindung oft genug die Möglichkeit, rechtspolitischer Motivation die Möglichkeit zu schaffen, rechtsbestimmend zu werden. Insbesondere der Übergang von der subjektiven zur objektiv-teleologischen Auslegung [2] hat die Rechtsprechung im Abzahlungsrecht und darüber hinaus im gesamten Zivilrecht an die Stelle des immobilen Gesetzgebers treten lassen, um das Recht an die "wirtschaftlichen Verhältnisse anzupassen". Mit dem objektiven Gesetzeszweck wurde der eigentliche Inhalt des Abzahlungsgesetzes erweitert und verändert. Weit stärker noch wurde die wichtigere privatrechtliche Rechtsquelle, der Vertrag, der Bewertung durch den Richter geöffnet, indem aus dem Parteiwillen, wie er regelmäßig in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen festgeschrieben ist, nur der Vertragsinhalt abgeleitet wurde, den eine durch die Vorstellungswelt der Justiz geprägte billig und gerecht denkende Partei vereinbart haben würde.

Ebensowenig wie es jedoch bisher eine Auslegungsmethodik gegeben hat, bei der bewußt eine wissenschaftlich überprüf-

---

1) Justiz - die stille Gewalt
2) Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. S. 59

te Einbeziehung tatsächlicher Bewertungen erfolgt wäre, ebe sowenig hat sich bisher eine Rechtsanwendung gezeigt, die statt der Korrektur von Entscheidungen an Maßstäben sozial Gerechtigkeit, Billigkeit, Treu und Glauben etc. Gesetze so auslegten, daß sie dieser Korrektur nicht mehr bedurft hätte

Der Widerspruch zwischen der Gesetzesgebundenheit, mit de sozialwissenschaftliche und politische Kritik abgewehrt wird, und der Methodenwillkür läßt sich auch nicht dadurch verklei nern, daß man davon ausgeht, daß 90 % der Zivilrechtsfälle sich noch eindeutig nach dem Gesetz entscheiden ließen [1].

Zunächst stellt sich die Frage, wie hoch dieser Prozentsatz gerade in einem rechtspolitisch so umstrittenen Gebiet wie dem Abzahlungsrecht ist, bei dem verschiedene Wertsysteme aufeinanderstoßen. Der gravierendere Einwand gegen eine solche Verharmlosung besteht jedoch darin, daß die "Gesetzmäßigkeit" einer richterlichen Entscheidung auch vom Beobachter wiederum nur über die im allgemeinen Konsens der Juristen verankerte Auffassung über das, was Recht ist, festgestellt werden kann [2]. Dann bleibt aber zu fragen, ob sich die Einheitlichkeit der Rechtsprechung nicht weit mehr über die politische Homogenität von Richtern [3], die Hierarchie des Gerichtsweges, dem durch ständige Bewertung gesicherten Karriereweg innerhalb der Justiz [4] sowie ähnlichen politischen Bedingungen an den Rechtsfakultäten und in den Fachverlagen als über das methodische Instrumentarium zur Auslegung von Verträgen und Gesetzen herstellt. Immerhin ist erstaunlich, mit welcher Geschlossenheit zwischen

---

1) So Meyer-Cording, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?, Recht und Staat Heft 428/429 S. 39

2) Kritisch auch Esser, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), 97 ff. (109)

3) Vgl. dazu die Untersuchung von Kaupen, Hüter von Recht und Ordnung

4) Vgl. Rosenbaum, Naturrecht und positives Recht, S. 199 f..

1933 und 1945 Gesetze in einer Weise ausgelegt wurden, die man heute als rechtswidrig bezeichnen würde [1]. Weit bedeutender für die praktische Rechtssicherheit dürfte aber die rechtlich bisher noch kaum geregelte Tatsachenfeststellung (§ 286 ZPO "freie Beweiswürdigung") Raum geben, Entscheidungsmotive zur Geltung zu bringen, die dem Prinzip der Gesetzesgebundenheit und Rechtssicherheit fremd sind.

III Recht und Gerechtigkeit

Im Unterschied zur Sicherheit und Legitimität, die beide zu Rechtsbegriffen definiert und damit von vornherein auf das jeweils bestehende Rechtssystem reduziert werden konnten, ist der Anspruch der Gerechtigkeit im Bewußtsein der Rechtsunterworfenen immer von sozialen Ansprüchen und Interessen geprägt geblieben, die sich dem formalen Gleichheits- und Freiheitspostulat nicht untergeordnet haben. Bis hin zu dem Ausspruch von M. E. Mayer: "Wer Normen sät, kann keine Gerechtigkeit ernten" [2] wird versucht, den Widerspruch zwischen geltendem Recht und Gerechtigkeit als begriffsnotwendiges Opfer an die Rechtssicherheit zu legitimieren. Gerechtigkeit sei überhaupt nur auf den Einzelfall bezogen denkbar, was der Generalität der Normen widerspreche.

Daß Rechtsnormen mit dem Anspruch allgemeiner Gültigkeit immer von den konkreten Verhältnissen abstrahieren müssen und somit nicht allen Besonderheiten des Einzelfalls gerecht werden können, ist jedoch keine Antwort auf die Kritik mangelnder Gerechtigkeit, mit der die Justiz

---

1) Dazu Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, S. 91 ff.; v. Brünneck, Die Justiz im deutschen Faschismus, KJ 1970, 21 ff.

2) Zitiert nach Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 163

konfrontiert wird.

In dieser Kritik, wie sie etwa Anatole France mit der Bemerkung über die Ungleichheit des gleichen Verbots an Arm und Reich, Brot zu stehlen oder unter den Brücken zu schlafen, formuliert hat, wie sie der "gute Richter Magnaud" z. B. in seiner eigenwilligen Interpretation des Diebstahlsparagraphen, die zum Freispruch einer Brotdiebin führte, zum Ausdruck brachte [1], wie sie Ende des 19. Jahrhunderts der Amtsgerichtsrat Jastrow auf dem 22. Deutschen Juristentag in seiner Kritik an der "wesentlich im Interesse des Kapitalismus tätigen Gesetzgebung" [2] als Ursache für die Benachteiligung der Armen im Abzahlungsrecht geübt hat,

liegt vielmehr der Vorwurf, daß das bürgerliche Recht gerade generell und systematisch große Teile der Bevölkerung benachteiligt [3]. Es kommt somit nicht darauf an, daß das bürgerliche Recht abstrahiert, sondern wie es abstrahiert. "Jede Abstraktheit hat zwei Seiten ... Sie schaltet ein, was ihr als wesentlich gilt, und schaltet aus, was für sie unwesentlich ist. ... Ist die Welt, die es (das bürgerliche Recht U.R.) uns spiegelt, die Welt überhaupt, die nicht anders erfaßbar ist, oder nur eine der Welten, die möglich sind?" [4]
Diese systematische Ungerechtigkeit meinen z. B. auch Rasehorn [5], wenn er von den Zivilgerichten als 'Dienstleistungsbetrieben der Gesellschaft" spricht oder Fechner/Schneider [6], wenn sie es tragisch finden, "daß eben jene

---

1) Urteil des tribunal correctionnel de Château-Thierry vom 4. März 1898 abgedruckt bei Miaille, Une Introduction Critique Au Droit, S. 249 Fn. 74
2) Gutachten zum 22. Deutschen Juristentag über die Frage: "Wie ist den Mißbräuchen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegenzuwirken? Verhandlungen des 22. DJT Bd. 2 S. 292
3) Vgl. insbesondere auch Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen
4) Sinzheimer, Das Weltbild des bürgerlichen Rechts, S. 317
5) Justizforschung abseits der Justiz, ZRP 74, 90 (95)
6) Nochmals: Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktienrecht, JZ 62, 28

formale und isolierende Methode - die dem Juristen seine vielgerühmte 'Objektivität' zu garantieren scheint, auf die er stolz ist, - daß gerade sie ihn zum Lohndiener der wirtschaftlich Mächtigen erniedrigt."

Die Abstraktion des bürgerlichen Rechts von Bedürfnissen, von Not und Armut wird hier vom Ergebnis der Entscheidungen her zum Problem. Moralisches Empfinden über gerechte Entscheidungen führen zur Ablehnung rechtlicher Ergebnisse, wobei das Paradox oft ungelöst bleibt, daß die Armut, die in der Entscheidung überhaupt nicht thematisiert werden konnte, im Ergebnis die Rechtsanwendung prägt.

Insbesondere innerhalb der Richterschaft hat diese Diskrepanz zwischen Gerechtigkeitsgefühl und Rechtsanwendung gerade in letzter Zeit zu vor allem moralisch vorgetragener Selbstkritik am Richterstand geführt [1]. Huhn hat die Kritik dieser juristischen Berufspraxis folgendermaßen zusammengefaßt [2]: "Was sie (die juristische Berufspraxis, U. R.) aber gerne hätte und was, wie ich glaube, auch die Gesellschaft, der Bürger, nachgerade verlangt, ist jenseits von alt und neu: der bessere Richter, der bessere Jurist, der kundigere, der ehrlichere, derjenige mit mehr Anstand, meinetwegen also: der gerechte Jurist." Inwieweit der Gerechtigkeitsgehalt der zivilrechtlichen Entscheidungen jedoch von der Person des Richters abhängt, ist fraglich. Sicher ist nur, daß bestimmte zivilrechtsdogmatische Wertungen immer stärker mit den Vorstellungen von sozialer Gerechtig-

---

1) Vgl. Rasehorn/Ostermayer/Huhn/Hasse, Im Namen des Volkes? - Vier Richter über Justiz und Recht; Rasehorn, Justizforschung abseits der Justiz? ZRP 74, 90, 95

2) Neues Recht durch neue Richter, aus politik und zeitgeschichte, Beilage zu "Das Parlament", v. 23. Okt. 1976 B 43, S. 37; für ähnliche Entwicklungen in Frankreich vgl. Reifner, Gewerkschaftliche Orientierung von Anwälten in Frankreich, KJ 76, 258 f.; Syndicat de la Magistrature, Au Nom Du Peuple Français ...

keit in der Bevölkerung kollidieren. So bleibt unverstanden, warum das Recht die Haftung des Gerlingkonzerns für die Schulden der in seinem Mehrheitsbesitz befindlichen Herstatt-KG ausschließt und warum mancher Unternehmer trotz Bankrott seiner GmbH oder gar GmbH & Co., KG in seiner persönlichen Lebensführung kaum eingeschränkt ist, während man dem überschuldeten Arbeitnehmer mit demselben Zivilrecht sein Auto und seine Waschmaschine, ja sogar einen Teil seiner Möbel wegnimmt. Daß es hierfür zivilrechtsimmanente Erklärungen gibt wie die Selbständigkeit von Haftungsvermögen in juristischen Personen erklärt zwar die Handlungsweise der Justiz, macht sie jedoch kaum verständlicher. Allzu oft liegt der Gerechtigkeitsgehalt für die Unterschichten allein in dem richterlichen Rat, man hätte nicht unterschreiben sollen, die Fristen einhalten sollen, unverzüglich anfechten sollen, der Werbung keinen Glauben schenken sollen, einen Zeugen mitnehmen sollen etc.

Aber auch prinzipielle Feststellungen der Zivilrechtsdogmatik passen nicht mehr in die Vorstellung eines modernen Sozialstaates. Der Satz "Geld hat man zu haben" erscheint geradezu zynisch in einer Wirtschaftsordnung, in der das Einkommen der Arbeitnehmer von Arbeitsplatzverlust, Kostensteigerungen und Inflation in Frage gestellt wird. Der Satz, daß man Verträge zu halten hat, erscheint in einem anderen Licht, wenn der Verbraucher feststellt, daß er vom vorschnell unterschriebenen Kaufvertrag über einen Farbfernseher nicht mehr loskommt, gleichzeitig aber mit der Kündigung seines Wohnraummietverhältnisses und Arbeitsverhältnisses bedroht ist; wenn er den vereinbarten Preis bezahlen muß, obwohl er ein billigeres Angebot entdeckt hat, während ihm der Verkäufer aufgrund seiner AGB die Lieferung der Ware verweigert, weil sie inzwi-

schen ausgegangen ist; wo seinem Begehren nach Lohnerhöhung die Friedenspflicht entgegengehalten wird gerade von denjenigen, die die Preise ungehindert von Tarifverträgen erhöhen können. Daß diese Verhältnisse juristisch nichts miteinander zu tun haben, hebt ihre soziale Vergleichbarkeit nicht auf. So handelt es sich dabei einmal um den Preis der Vertragsfreiheit und zum anderen um den Unterschied zwischen Dauerschuldverhältnissen und punktuell abzuschließenden Einzelschuldverhältnissen, die nur in ihrer Auswirkung auf das Einkommen der Verbraucher eine Einheit bilden. Diese "juristische" Erklärung beweist jedoch noch nicht die "Gerechtigkeit" dieser Ergebnisse.

IV Widersprüche im Gebrauch dogmatischer Grundbegriffe

Nicht nur die sozialwissenschaftliche Erfassung des tatsächlichen Entscheidungsprozesses und seiner sozialen Wirkungen zeigt tiefgreifende Widersprüche zwischen methodischem Anspruch und Wirklichkeit. Auch das Begriffsgebäude der Zivilrechtsdogmatik wird in der abstrakten Darstellung je nach Anwendungsbereich zunehmend anders interpretiert. Hierbei braucht man nicht auf die Ausgliederung des Arbeitsrechts mit seinen neuen Begriffsschöpfungen wie Fürsorgepflicht, Sphärentheorie oder Suspendierungstheorie zu verweisen, die ebenso wie im Wohnraummietrecht oder Wohnungseigentumsrecht als unbestrittene Durchbrechungen der traditionellen Zivilrechtsdogmatik anerkannt sind [1].

Die Zentralbegriffe des bürgerlichen Rechts wie Eigentum,

---

1) Vgl. Wieacker, Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, S. 39

Vertrag, Willenserklärung, Schaden und Verschulden haben selbst in dem verbleibenden Bereich des Privatrechts widersprüchliche Definitionen erfahren, die in deutlichem Kontrast zur politischen Einheitlichkeit der Entscheidungsfindung selber stehen. Die Radikalität, mit der in den einzelnen Begriffsschöpfungen die Zivilrechtsdogmatik in Frage gestellt ist, führt dabei wohl nur deshalb nicht zur radikalen Kritik der Zivilrechtsdogmatik insgesamt [1], weil die Einzelergebnisse voneinander isoliert betrachtet werden.

Das Eigentum i. S. des § 903 BGB hat eine Reihe von gesetzlichen Modifikationen erfahren, durch die wie z. B. im Wohnungseigentumsgesetz auch im Privatrecht die spezifische soziale Funktion berücksichtigt wird (vgl. §§ 10 ff. WEG); ähnlich auch der Versuch einer Aufspaltung des Grundeigentums in Nutzungseigentum und Verfügungseigentum [2]. Weit stärker jedoch wurde das zivilrechtliche Eigentum für bestimmte wirtschaftliche Bedürfnisse modifiziert [3]. Im Kreditrecht war die Anerkennung des Eigentumsvorbehalts und der Sicherungsübereignung durch die Rechtsprechung zu Beginn des 20. Jahrhunderts eine der einschneidendsten Durchbrechungen des numerus clausus der Sachenrechte sowie des "strukturellen Eigentumsbegriffs" [4], in deren Konsequenz die Konkursordnung (mangels "Masse") weitgehend obsolet

---

1) Wie sie z. B. Meyer-Cording formuliert hat, als er diese Dogmatik für tot erklärte (a.a.O. S. 32)

2) Vgl. Vogel, Bodenrecht und Stadtentwicklung, NJW 72, 1544; zum ganzen L. Raiser, Funktionsteilung des Eigentums, in: Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht, Festgabe Sontis, Hrsg. Baur/Larenz/Wieacker, München 1977, S. 177 ff.

3) Vgl. Däubler/Sieling-Wendeling/Welkoborsky, Eigentum und Recht, Die Entwicklung des Eigentumsbegriffs im Kapitalismus, Neuwied/Darmstadt 1976 2. Teil über die Entwicklung des Eigentumsbegriffs des BGB bis 1945

4) L. Raiser, a.a.O. S. 176

geworden ist. Die dogmatischen Skrupel [1] und Probleme etwa bei der Bestimmung des Anwartschaftsrechts als quasidinglichem Recht [2] wurden dabei durch offenen Rückgriff auf die wirtschaftliche Notwendigkeit ausgeräumt [3].

Die Konzeption des freien Vertrages zerbricht in zunehmendem Maße an der Fiktion, daß die zugrunde liegenden Handlungen aus ihrem sozialen Zusammenhang heraus isoliert werden könnten. Mit dem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte werden etwa die regelmäßigen Sozialkontakte von Mietern, Werkbestellern und Dienstherrn, die unter eine wie auch immer abgeleitete Fürsorgepflicht des Vertragspartners subsumiert werden [4], in den Schutzbereich des Vertrages miteinbezogen, obwohl die Vermieter, die mit ihren Formularen den Vertragsinhalt diktieren, eine solche Haftungsausweitung nicht "gewollt" haben. Ähnlich wurde speziell für das Abzahlungsrecht im finanzierten Abzahlungskauf die wirtschaftliche Beziehung Händler - Finanzierer in den Darlehensvertrag hineingenommen, wodurch die Haftung der Bank bei "wirtschaftlicher Einheit" erweitert worden ist und das Vertragsgefüge damit zur sozialen Haftungszurechnung ausgebaut wurde.

In der oben bereits erwähnten Problematik des Konkurses juristischer Personen, die das Vermögen des dahinterstehenden und in irgendeiner Weise mitursächlichen Unternehmers unberücksichtigt lassen, versucht man ebenfalls, den Vertrag über

---

1) Dazu Blomeyer, Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 162, 193 ff.; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung Bd. 1, S. 206 ff., mit Darstellung des Meinungsstandes.

2) z. B. BGHZ 28, 16 (21)

3) Vgl. Serick, a.a.O. Bd. I S. 1 ff., S. 9: "Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung verdanken ihre heutigen Formen den verschiedenartigsten rechtlichen und wirtschaftlichen Gründen."

4) Vgl. BGHZ 51, 91 "Hühnerpest"; der Vermieter hat z. B. den sozialen Tatbestand "Wohnen" zu gewährleisten, der sich nicht in der Sachnutzung durch den Vertragspartner erschöpft.

seine Kontrahenten hinaus auszudehnen. Methodisch soll das Trennungsprinzip dadurch im Einzelfall überwunden werden, "daß man zunächst empirisch diejenigen Tatsachenkonstellationen und Normen aufsucht, in denen das Trennungsprinzip im Interesse der Gerechtigkeit zurückzutreten hat. ... Dazu müssen die wichtigsten in der Rechtsprechung hervorgetretenen Fallgruppen zusammengestellt werden." [1]

Medicus hat diese personelle Erweiterung des Vertrages folgendermaßen zusammengefaßt: "So wird man vereinfachend sagen dürfen: Die im Schuldverhältnis angelegte Isolation auf G und S, die Abkapselung gegenüber 'dem Rest der Welt', befriedigt heute nicht mehr überall. Daher wird das Schuldverhältnis zunehmend durch Drittbeziehungen erweitert. Ein erheblicher Teil von ihnen trägt insbesondere den sozialen Bindungen Rechnung, die über den rechtlichen Mikrokosmos des Schuldverhältnisses hinaus reichen." [2]

Durch die culpa in contrahendo wurde der Vertrag in zeitlicher Hinsicht vorverlegt. Für die Fälle, in denen dann ein Vertrag nicht zustande kommt, wurde somit ähnlich wie bei der Ausdehnung der Geschäftsführung ohne Auftrag ein Quasi-Vertrag geschaffen, dessen dogmatische Einordnung durch seine Konstruktion als gesetzliches Schuldverhältnis scheinbar unproblematisch ist, in Wirklichkeit jedoch zur Ersetzung der Vertragsdogmatik durch das Rechtsverhältnis aus sozialem Kontakt tendiert, bei dem nicht mehr der Wille, sondern der Sinn von Handlungen interpretiert wird. In der Konstruktion "faktischer Vertragsverhältnisse" [3] findet diese Entwicklung eine konsequente Weiterführung, indem unabhängig von der auf dogmatischer Grundlage zu prüfenden

---

1) Coing, Zum Problem des sogenannten Durchgriffs bei juristischen Personen, NJW 77, 1793 (1794)
2) Durchblick: Drittbeziehungen im Schuldverhältnis, JuS 74, 613 (622)
3) Vgl. z. B. BGHZE 21, 319 "Hamburger Parkplatz"

Rechtswirksamkeit von Verträgen allein der Vollzug von Interaktionen rechtlich anerkannt wird. Vertragsverhältnisse können sich somit nicht mehr nur "aus der individuellen Beziehung seiner Schöpfer zueinander", sondern auch "aus seiner Einbettung in das soziale Ganze ergeben." [1]

Bei den Geldleistungspflichten hat das Reichsgericht die dogmatische Konstruktion wiederholt einer bestimmten wirtschaftlichen Interessenlage angepaßt. Zugunsten des wucherischen Darlehensgebers hat es die in § 607 BGB bestimmte Leistung der Hingabe von Geld so interpretiert, daß die Darlehenssumme bei Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 2 BGB trotz § 817 Abs. 2 BGB zurückverlangt werden konnte [2]. In der Aufwertungsrechtsprechung ist das Reichsgericht noch weiter gegangen und hat zugunsten vor allem des Geldvermögens der Mittelschichten deren soziale Interessen während der Inflation in die Verträge hineininterpretiert [3]. Mit der Lehre von der Geschäftsgrundlage [4] haben die "Einwirkungen der Sozialexistenz" [5] und der Sachverhalte der sozialen Wirklichkeit in die Bestimmung des Leistungsinhaltes von Verträgen inzwischen sogar eine dogmatisch weitgehend anerkannte Konstruktion erhalten, wobei die "wirtschaftliche Unmöglichkeit" sowie der Umstand, daß "die Leistungserbringung als wirtschaftlich sinnlos erscheint" [6], zur zivilrechtsdogmatischen Relevanz erhoben wurden [7]. In dieser "Anpassung" des Schuldverhältnisses an die soziale Wirklichkeit [8] geschieht nichts anderes,

---

1) S. Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, S. 71
2) RGZ 161, 52 ff.
3) Zusammenfassend RGZ 147, 286; zur neueren Diskussion vgl. Mann, Geldentwertung und Recht, NJW 74, 1297
4) Vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, § 7 Rdn. 151 ff.;
5) Flume nach Medicus, a.a.O.
6) Medicus, a.a.O. Rdn. 158
7) Vgl. zur Kritik Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft, § 26; sowie unten S. 404
8) Vgl. BGHZ 47, 52; Flume, a.a.O. S. 498: "Geschäftsgrundlage ist die Wirklichkeit, auf welche das Geschäft bezogen ist," und nicht "Vorstellungen der Vertragspartner".

als daß die Leistungspflichten im sozialen und ökonomische Zusammenhang des zugrunde liegenden Austauschverhältniss neu interpretiert und über den Vertragstext hinaus festgeleg werden. Für Dauerleistungen hat neuerdings die Rechtspre- chung in einigen Ausnahmefällen bereits eine konsumorien- tierte Interpretation einer Geldleistungspflicht vorgenommen, als sie zur Anpassung dieser Pflichten an die Geldentwertur darauf abstellte, ob es sich um "Versorgungsleistungen" han delte [1]. In diesen Entscheidungen, bei denen für die meist Gerichte ein Widerstreit zwischen den allgemeinen Rechts- prinzipien des Nominalismus bzw. der Vertragstreue [2] und Treu und Glauben besteht [3], wird im Prinzip die soziale Funktion des konkreten Ruhegeldversprechens gegen die dog- matische Formalisierung zur Geltung gebracht.

Aus den "mehrseitige(n) Rechtsgeschäfte(n), mittels derer di Beteiligten im beiderseitigen Einvernehmen eine für sie rechtlich bindende Regelung treffen" (Verträge) [4], wurden in der Rechtsanwendung soziale Kontakte, aus denen nach rich- terlicher Wertung einer Mehrheit von Personen Rechte und Pflichten zugeordnet werden. An die Stelle des beiderseitigen Einvernehmens ist dabei die Funktionalität der Rechts- und Pflichtenzuordnung im jeweiligen Anwendungsbereich getreten.

Mit der dogmatischen Vertragskonstruktion gerät auch die Willenserklärung als Grundlage privater Rechtsableitung in zu nehmende Widersprüche.

Der gravierendste Widerspruch wurde dabei durch die Sonder stellung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen markiert, wo der Unterschied zwischen der privatautonomen Gestaltung von

---

1) BAG NJW 73, 959; 1296; BGHZ 61, 31 = NJW 73, 1599
2) So BAG NJW 55, 486
3) So v. Maydell, Geldschuld und Geldwert, S. 201
4) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil 10. Aufl. § 1 S. 1

Verträgen, die gemäß § 133 BGB zur Erforschung des wirklichen Willens verpflichtet, und der Befugnis zum Erlaß von Rechtsnormen, die innerhalb der Normenhierarchie der vollen formalen und inhaltlichen Kontrolle staatlicher Gerichte unterliegen, zunehmend verwischt wurde. Mit der vom Reichsgericht bereits praktizierten Revisibilität Allgemeiner Geschäftsbedingungen [1] wurde eine Entwicklung eingeleitet, deren vorläufiger Abschluß das AGB-Gesetz bildet. Danach gleicht die nur noch verbal als Willenserklärung einzuordnende Normsetzung eher einer Rechtsverordnung, die formalen Erfordernissen (§ 2 AGB-G entspr. Art. 100 GG) zu genügen hat, restriktiv auszulegen ist (§ 5 AGB-G entspricht Vorbehalt des Gesetzes) und innerhalb der hierfür geschaffenen Sonderordnung des AGB-G nicht gegen höherrangiges Recht zu verstoßen hat [2]. Mit der Klage nach §§ 13 ff. AGB-G wurde das Normenkontrollverfahren des § 47 VwGO auch ins Zivilrecht übernommen.

Damit ist faktisch für den größten Teil des traditionellen Anwendungsbereiches der "Willenserklärung" eine Zwischenform zwischen Rechtsnorm und Willenserklärung geschaffen worden, bei der die Privatautonomie weiterhin die gesetzliche Ermächtigung zur Rechtssetzung ersetzt, gleichwohl aber innerhalb einer Sonderrechtsordnung Verfahren der Normenkontrolle eingeführt werden.

Entsprechend wie bei den Verträgen finden sich neben der Einengung der Willenserklärung Erweiterungen, bei denen die Auflösung des freien Willens als Grundlage der rechtsgestaltenden Kraft von Willenserklärungen von der Willenstheorie über die Erklärungstheorie zur Zurechnungstheorie weitergeführt wird.

---

1) Vgl. RGZ 134, 83; 135, 137; 150, 116; BGH MDR 74, 293
2) § 6 AGB-G entspr. Art. 20 Abs. 3 GG

Nach Weitnauer [1] sind hier "aus der objektiven Vernunft abgeleitete Zurechnungskriterien für die Beurteilung der Rechtsbeziehungen maßgeblich." Unter dem Begriff des "Rechtsscheins" hat der Bundesgerichtshof etwa bei dem Institut der Anscheinsvollmacht [2] schon das Rechtsgeschäft selbst aus dem sozialen Verhalten abgeleitet, ohne daß das Willenselement hier noch eine Rolle spielt [3]. Die wohl überwiegende Meinung in der Literatur, die diese Durchbrechung der Grundlagen der Privatautonomie nicht akzeptieren will, führt im Ergebnis jedoch nur dazu, daß die Zurechnung über die Konstruktion der culpa in contrahendo erst auf einer späteren Stufe, bei der Haftung, einsetzt. Das funktional erwünschte Ergebnis wird in jedem Fall erreicht.

Da es materiell nur darum geht festzustellen, ob und in welchem Umfang vermittelt über das Recht und die Justiz staatliche Gewalt bzw. Gewaltdrohung für private Interessen bereitgestellt werden soll, ist es kein qualitativer Unterschied, ob die zurechnende Wertung auf der Stufe der Willenserklärung, der Haftung, des Schadens oder des Verschuldens erfolgt.

So zeigt sich vor allem auch im Bereich des Schadensbegriffes mit dem Übergang vom Differenzschaden zum normativen und damit der Wertung offenen Schadensbegriff, daß sich das Zivilrechtssystem in einem zumindest methodischen Umbruch befindet. Die abstrakte Schadensberechnung sowie die nunmehr auch gesetzlich anerkannte Möglichkeit der Schadenspauschalierung (§ 11 Ziff. 5 AGB-G) sind weitere Schritte, mit denen Widersprüche zum Prinzip der Naturalrestitution

---

1) Die bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens, NJW 74, 1729 (1730)
2) Vgl. BGH LM Nr. 10, 14 zu § 167 BGB; Nr. 9 zu § 164 BGB
3) Ebenso bei der Lehre vom Empfängerhorizont - BGH NJW 74, 1132

und des konkreten Schadensbegriffs in die Zivilrechtsdogmatik hineingetragen werden.

Alle genannten Entwicklungen der Zivilrechtsdogmatik sind für den Bereich des Abzahlungsrechts außerordentlich relevant und werden noch auf einer konkreteren Stufe behandelt. Faßt man die Tendenz dieser Entwicklungen zusammen, so zeigt sich, daß die moderne Zivilrechtsdogmatik insgesamt versucht, das Schuldverhältnis der außerrechtlichen Wertung zu öffnen, um einmal über den zu eng gesteckten zeitlichen Rahmen zwischen Begründung und Erfüllung von Schuldverhältnissen einen größeren Zeitabschnitt miteinbeziehen zu können [1], über die Isolation auf G und S weitere "Betroffene und Beteiligte" berücksichtigen zu können [2] und schließlich allgemeine gesellschaftliche Entwicklungen [3] rechtsrelevant werden zu lassen.

V Widersprüche aus der Verbraucherschutzgesetzgebung

Die rechtspolitische Diskussion um den Verbraucherschutz, für den das Abzahlungsrecht einen klassischen Anwendungsfall darstellt, hat zu Konsequenzen in der Rechtsprechung und Gesetzgebung geführt, die die Frage aufwerfen, wie der persönliche Verbrauch in das formale Zivilrechtssystem einzuordnen ist.

Bereits 1956 hat der Bundesgerichtshof in einer Nebenbemerkung zugestanden, daß "für die Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Produktionsstufen der Industrie ... andere Grundsätze gelten (mögen) als für die Rechtsbeziehungen zwi-

---

1) culpa in contrahendo - Vorteilsausgleichung
2) Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte; Trennungstheorie im Abzahlungsrecht und im Haftungsrecht juristischer Personen
3) Geschäftsgrundlage; normativer Schadensbegriff

schen Handel und dem letzten Abnehmer (Verbraucher)", [1] und daraus die Konsequenz gezogen, "daß es auf die Besonderheiten des in Betracht kommenden Warenkaufs sowie auf die Interessen der an einem solchen Kauf üblicherweise beteiligten Verkäuferschicht und Käuferschicht ankommt." Später hat die Rechtsprechung etwa bei der bereits erwähnten Anpassung von Ruhegeldversprechen an die Geldentwertung [2] den Versorgungscharakter ebenso zur dogmatischen Relevanz erhoben und bei der Schadensbestimmung darauf abgestellt, ob ein fehlgeschlagener Urlaub der Wiederherstellung der Arbeitskraft diente [3]. Da der Verbraucherbegriff inzwischen auch in vielen Gesetzen Verwendung findet [4] und auch im hier interessierenden Bereich des Abzahlungsrechts sowohl Geschäftspraxis wie Verbraucherbedürfnisse dazu führen, daß das Recht des Konsumentenkredits an die Stelle des Abzahlungsrechts tritt [5], wird seine rechtliche Einordnung zur dogmatischen Aufgabe [6].

---

1) BGHZ 22, 90 = NJW 57, 17 (18/19)
2) BAG NJW 73, 959; 1296; BGH NJW 73, 1599
3) BGH NJW 75, 40
4) Vgl. die Nachweise bei Reifner, Der Schutzbereich eines Verbraucherschutzgesetzes und die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, ZVP 1978, S. 203; Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 13 ff.; Reich, Markt und Recht, S. 188 ff.; T. Schneider, Der Begriff des Verbrauchers im Recht, BB 74, 764 ff.
5) Vgl. Scholz, Der Konsumentenkredit in Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1975, TW 76, 6/18; Der Konsumentenkredit in Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1976, TW 77, 2/17; vgl. auch Scholz, Das B-Geschäft ist tot - Neuabgrenzung des Käuferschutzes im AbzG erforderlich, JZ 75, 727; Reich, Verbraucherkredit, in Handbuch des Verbraucherrechts, Gruppe 50; König, Konsumentenkredit - Die Neuordnung in den USA und deutsche Reformprobleme
6) Vgl. ausführlich Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 8 ff.

Bisher hat die Gesetzgebung und Rechtsprechung vergeblich versucht, den Inhalt des Verbraucherbegriffs mit formalen Kategorien wie Nicht-Kaufmann, Haushalt, Nicht-Gewerbetreibende u.ä. [1] wiederzugeben [2]. Dieses Problem ist nicht identisch mit den Problemen der Bestimmung der "Rechtsnatur" formaler Abstraktionen [3], da der Verbraucherbegriff aufgrund seiner Festlegung in anderen Wissenschaften nicht zur Disposition steht. Das BGB geht aber von der klassisch-liberalen Abstraktion aus, wonach seine Normen formale Allgemeingültigkeit [4] besitzen sollen, so daß eine Unterscheidung nach der sozialen Funktion und den verschiedenen Lebensbereichen, in denen die Rechtsinstitute des Privatrechts wirken, rechtlich unerheblich sein soll [5].

Dies hat seine Grundlage in der idealistischen Anschauung von der freien Persönlichkeit, wie sie von Hegel klassisch formuliert wurde: "Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit und macht den Begriff und die selbst abstrakte Grundlage des abstrakten und daher formellen Rechts aus" [6]. "In diesem Element des Willens liegt, daß ich mich von Allem losmachen, alle Zwecke aufgeben, von Allem abstrahiren kann." [7]

In dieser Individualität erscheint das Eigentum als das "Dasein der Persönlichkeit" [8] der wahre Ausdruck der Einzelheit der Menschen. Im Vertrag, als dem "Proceß, in welchem der Widerspruch, daß Ich für mich seyender, den an-

---

1) Reich, Markt und Recht, S. 188
2) K. Simitis, Verbraucherschutz - Schlagwort oder Rechtsprinzip?, S. 13; Bernitz, Schwedisches Verbraucherschutzrecht, RabelsZ 1976, 593 f.; Reifner, a.a.O.
3) Z. B. Darlehen (Real- oder Konsensalvertrag); Leistung; Erfüllung
4) L. Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, S. 27
5) K. Simitis, Verbraucherschutz, S. 16
6) Hegel, Rechtsphilosophie, § 36
7) A.a.O. § 5
8) A.a.O. § 51

deren Willen ausschließender Eigenthümer insofern bin und bleibe, als Ich in einem mit dem andern identischen Willen aufhöre, Eigenthümer zu seyn" [1], entfaltet sich daher der individuelle und freie Wille des einzelnen unabhängig von der sozialen Bestimmtheit seiner Handlungen, allein begrenzt durch den Willen des Vertragspartners. Der Vertrag geht daher "von der Willkür aus" [2], die sich in der Zivilrechtsdogmatik als Vertragsfreiheit in den Formen der Abschluß-, Form- und Inhaltsfreiheit ausdrückt und ihre Konsequenzen u. a. in der Abdingbarkeit der schuldrechtlichen Regeln sowie in der Parteimaxime des Prozeßrechts hat.

Die einzige systematische Ausnahme hiervon bietet das Wohnungsmietrecht, das jedoch als scheinbar selbständiges Rechtsgebiet bei der dogmatischen Behandlung des Verbraucherbegriffs entweder übersehen oder aber in seinen dogmatischen Implikationen unausgewertet bleibt. "Wohnen" ist nämlich nur ein Teil des persönlichen Verbrauchs von Gütern und Dienstleistungen [3], so daß das Zivilrecht hier an einer Sozialfunktion im Bereich des Verbrauchens anknüpft.

Die deutlichste Durchbrechung der formalen Zivilrechtsabstraktion von den sozialen Verhältnissen zeigt aber die Ausgliederung des Rechts der unselbständigen Arbeit aus dem Dienstleistungsrecht. In dieser wohl umfassendsten sozialen Bezugnahme sind die Allgemeinen Lehren des BGB von der Unmöglichkeit, dem Verzug, der Vertragsfreiheit und dem Eigentum durch Einschränkung des formalen Allgemeinheitsanspruchs entscheidend verändert.

---

1) Hegel, Rechtsphilosophie, § 72
2) Hegel, a.a.O., § 75
3) Vgl. v. Hippel, Verbraucherschutz, S. 157

Gleichwohl nützt diese Erkenntnis wenig, um den Verbraucherbegriff in die BGB-Dogmatik einzuordnen, da diese Rechtsgebiete gerade als Ausnahmeerscheinungen weitgehend aus dem BGB ausgegliedert bzw. zu selbständigen Rechtsgebieten im BGB erklärt worden sind. Sowohl das Wohnraummietrecht als auch das Arbeitsrecht sind in ihren Grundlagen abstrakter Tauschverhältnisse, wie sie in §§ 535, 611 BGB festgelegt sind, nicht verändert worden [1]. Lediglich die Auswirkungen dieser formalen Grundanschauungen wurden durch ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe, Generalklauseln und Wertungsdelegationen an den Richter einzelfallorientiert modifiziert.

Allgemeine Lehren dieses "Flickenteppichs" [2] gibt es nicht, so daß gerade die explizite Einbeziehung der sozialen Funktionen wie wohnen, lohnabhängig arbeiten und verbrauchen dogmatisch unbewältigt ist.

Die Folge für die den Verbrauch regelnden Rechtsmaterien besteht darin, daß jeder Einzelfall durch die Rechtsprechung besonders entschieden wird, wobei das "Rechtsgefühl" oder die "Plausibilität" der freien Argumentation die Deduktion vom abstrakten Gesetz zum konkreten Fall ersetzen können. Die besondere Problematik der den Verbrauch betreffenden Rechtsgebiete besteht dabei darin, daß sie das Herzstück der Zivilrechtsdogmatik, den Tausch- und Kaufvertrag selber, betreffen. Der Weg des Arbeitsrechts zur Verselbständigung und Ausgliederung eines "Verbraucherrechts" ist daher nicht einfach übertragbar. Dies zeigt sich bereits an der Rückgliederung des Wohnraummietrechts ins allgemeine Mietrecht des BGB sowie an den Abgrenzungsvorschlägen für ein

---

1) Abgesehen von der Eingliederungstheorie im Arbeitsrecht insbesondere zwischen 1933 und 1945, dazu Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, S. 379 ff.

2) L. Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, S. 32

Verbraucherrecht. Während Eike v. Hippel [1] und Konstantin Simitis [2] Verbraucherschutz als rechtspolitische Forderung ansehen und von daher die Rechtsgebiete zusammenfassen, in denen der Schutzgedanke bisher tatsächlich [3] oder oft nur scheinbar [4] zum Ausdruck gekommen ist, hält Reich [5] die "Schutzbedürftigkeit" und "Mündigkeit" für unfruchtbare Differenzierungskriterien. Ein Verbraucherrecht muß seiner Ansicht nach [6] an der ökonomischen "Rolle" festgemacht werden [7]. Damit wären aber unter Verbraucherrecht "alle Vorschriften rechtlicher Art" zu verstehen, "die die Stellung und das Verhalten des Verbrauchers unmittelbar oder mittelbar regeln oder beeinflussen." [8] Da bei einer solchen Definition das "Rest"-Zivilrecht im Gegensatz zur Ausgliederung des Arbeitsrechts kaum mehr für sich in Anspruch nehmen könnte, das eigentliche Privatrecht zu repräsentieren, teilt Reich diesen Rest in Bürgerrecht und Unternehmensrecht auf und stellt damit die Grundlage bisheriger Zivilrechtsdogmatik, die Einheit und Allgemeinheit der Grundprinzipien des Zivilrechts für den gesamten Anwendungsbereich, radikal in Frage. Er knüpft dabei an Ludwig Raisers [9] Aufteilung des Privatrechts an, der allerdings die ökonomischen und sozialen Strukturen nur durch den wertenden Filter einer rechtlichen Unterscheidung zwischen Privat und Öffentlich für die einzelnen Lebensbereiche zur Geltung bringen möchte [10]. Während Raiser m. E. konse-

1) Verbraucherschutz, S. 157
2) Verbraucherschutz, S. 231
3) So nach v. Hippel, a.a.O.
4) So zumeist Simitis, a.a.O., z. B. S. 38
5) Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 9
6) A.a.O. S. 8, 18; ebenso Reich, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 74, 187, 188; zur Kritik vgl. Roppo, Verbraucherschutz und Klassentheorie, DuR 2'76, 109, 113 f.; zu Roppo wiederum Tonner, Verbraucherschutz und Klassentheorie, DuR 3'76, 241, 244
7) Differenzierter jetzt ders., Markt und Recht, S. 192 f.; zur Kritik Reifner a.a.O. ZVP 78 Heft 3 sowie unten S. 487
8) Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 8
9) Die Zukunft des Privatrechts, S. 32
10) A.a.O. S. 28

quenter als Reich die Befriedigung von Massenbedürfnissen mit Arbeit und Wohnen zu einem Rechtsbereich zusammenfaßt, bleibt bei ihm ein kaum konturierter Bereich "privater Lebenssphäre", für den das "klassische" Privatrecht noch volle Gültigkeit behalten soll [1]. Raiser verweist ferner auf die Versuche bei Siebert, Wieacker und Krüger [2], mit dem Begriff des Sozialrechts diejenigen Rechtsmaterien aus dem Privatrecht herauszunehmen, die sich nicht mehr in dessen allgemeine Lehren einordnen wollen [3].

Die Frage nach dem Verbraucherrecht und seinen allgemeinen Prinzipien ist somit quantitativ wie qualitativ zur Frage nach dem Selbstverständnis der Zivilrechtsdogmatik geworden. Dort, wo der Rechtswissenschaft bewußt wird, daß es nicht mehr ausreicht, unter dem Begriff Verbraucherschutz bei bestimmten Käufern, Mietern, Darlehensnehmern und Werkbestellern Schutzwürdigkeit zu konstatieren und in Ausnahmeregelungen umzusetzen, sondern wo man nach dem arbeitenden und verbrauchenden Menschen in seinen verschiedenen Rollen als Käufer, Mieter, Darlehensnehmer, Werkbesteller und Dienstleistenden fragt, zeigen sich Risse im Zivilrechtsgebäude, für die Schönheitsreparaturen immer weniger befriedigen.

Der Verbraucherschutz hat mit der Verbandsklage noch einen weiteren Widerspruch dort ins Recht hineingetragen, wo mit dem Anspruchsbegriff und dem subjektiven Recht die rechtliche Grundlage des Individualismus gelegt ist, die regelmäßig ein Recht nur dem Individuum zuzuordnen vermag,

---

1) Die Zukunft des Privatrechts, S. 30
2) A.a.O. S. 24
3) Zu den ideologischen Problemen eines solchen "Verbraucherrechts", das unter marktwirtschaftlichen Bedingungen ebensowenig und ebensoviel Recht der Verbraucher sein kann, wie das Arbeitsrecht ein Recht der Arbeiter und nicht der Unternehmer ist, vgl. Reifner, a.a.O. ZVP 1978 Heft 3

bzw. alle Rechte im Privatrecht auf solche Rechte zurückführen muß [1]. Mit der Verbandsklage für Verbraucherverbände hat der Gesetzgeber die Frage für das materielle Recht aufgeworfen, ob es ein rechtlich geschütztes kollektives Interesse gibt, das nicht mit der Summe der Einzelinteressen identisch und auch nicht nach der Hegelschen Unterscheidung von einzelnem, gemeinsamen und Allgemeinen als allgemeines und daher staatliches Interesse, welches privat verfolgt wird [2], einzuordnen wäre.

Die konsequente Zurückverfolgung des Klagerechts auf seinen materiellen Inhalt mußte dabei zur Frage nach dem Kollektivinteresse und dem Kollektivrecht führen [3]. Der entschiedene Widerspruch, den dieses Ergebnis gefunden hat [4] und bei dem "die Gefahr einer Anmaßung der Repräsentation", die Wahrnehmung "fremder Rechte" [5] als Gespenst umgeht, deutet an, daß nicht nur die dogmatischen, sondern auch die politisch-ideologischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts zur Diskussion stehen. Hinzu kommt, daß sich tatsächlich in den kollektiven Rechten eine alternative Anspruchsstruktur andeutet, die an die Stelle der Restitution und Kompensation (Schadensersatz) die Prävention (Unterlassung, Widerruf) setzt und statt aus Einzelrechten abgeleitet zu sein, solche

---

1) "Der Begriff des subjektiven Rechts ist, weil er dies ("daß 'etwas' einer Person im einzelnen zukommt oder gebührt") zum Ausdruck bringt, der Rechtswissenschaft als sinngebendes apriori unentbehrlich." Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. München 1975 § 12 II a) S. 159 Fn. 1

2) So wohl aber Rehbinder/Damann, Die Bürgerklage im Umweltrecht

3) So M. Wolf, Klagebefugnis der Verbände, S. 18, 34 ff.

4) Vgl. Bettermann, Zur Verbandsklage, ZZP 1972, S. 133 ff.

5) A.a.O. S. 143/144

erst sinnvoll gestalten kann [1].

Daß schon der Unterlassungsanspruch selber, der ja trotz des individuellen Ausgangspunktes in der Quasi-Negatoria immer schon einen kollektiven Aspekt enthält, indem er "ein eigenes Interesse daran wahr(nimmt), daß die Verletzung fremder Sphären unterbleibt", die Privatheit des Anspruchsdenkens in Frage stellt, zeigen seine fast vollständige Mißachtung im BGB und die Schwierigkeiten der dogmatischen Einordnung in den geltenden Anspruchsbegriff [2].

Mit dem Verbraucherbegriff, der Verbandsklage und der Ausweitung des Unterlassungsanspruchs sind vom Gesetzgeber im Interesse eines größeren Verbraucherschutzes Begriffe und Institute ins Zivilrecht integriert worden, die im Widerspruch zu den dogmatischen Grundstrukturen des bürgerlichen Rechts stehen. Dabei handelt es sich im wesentlichen darum, daß dem formalen Gleichheitspostulat die rechtliche Beachtung des sozialen Zwecks von Handlungen, dem individuellen Recht das kollektive Interesse und der Privatheit von Konflikten ihre gesellschaftliche Dimension rechtlich gegenübergestellt wird. Es geht also auch in diesem begrifflichen Bereich um das Problem, daß gesellschaftliche Realität in ihren nicht durch das geltende Recht vorprogrammierten Strukturen in die

---

1) Z. B. das Streikrecht, aber auch das Recht auf Arbeit, das als Einzelrecht allein gar nicht denkbar ist, sondern als Recht des Kollektivs auf eine qualitativ und quantitativ ausreichende Anzahl von Arbeitsplätzen aufgefaßt werden muß, welches sich durch Mitbestimmung und Demokratisierung im Kollektiv für den einzelnen konkretisiert. Vgl. für dieses Mißverständnis Schwerdtner, Die Garantie des Rechts auf Arbeit - Ein Weg zur Knechtschaft? ZfA 1977, 47 ff. S. 55 ff.; dort auch die Nachweise zum Meinungsstand Fn. 6-9; im Gegensatz dazu Pfarr, Zur Problematik des Rechts auf Arbeit, - Exemplum: DDR, DuR 4/73, 124 ff.; zum kollektiven Recht in der Anschauung der Arbeiterbewegung in Deutschland um 1900 vgl. Reifner/Gorges, Alternativen zur Rechtsberatung - Gewerkschaftliche Rechtsberatung zwischen Dienstleistung, Rechtsfürsorge und kollektiver Interessendurchsetzung, erscheint demnächst in Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 6

Rechtsdogmatik integriert werden muß, weil nicht nur die Praxis der Gerichte und die normative Kraft des Faktischen, sondern auch die Autorität des Gesetzgebers hierzu zwingt.

VI Ergebnis

Die verschiedenen Aspekte der Zivilrechtskritik können überspitzt in dem Vorwurf zusammengefaßt werden, daß die Zivilrechtsdogmatik soziale Funktionen menschlicher Handlungen nicht in ihr System aufnimmt, sie gleichwohl aber im Entscheidungsergebnis berücksichtigen muß, daß ferner die Methoden der Auslegung und Rechtsfindung die Gesetzesgebundenheit der richterlichen Entscheidung nicht mehr garantieren, daß das tatsächliche Vorverständnis der Juristen über die Wirklichkeit unwissenschaftlich ist, gleichwohl aber die Entscheidung mitbestimmt, daß das dogmatische Begriffsgebäude widersprüchlich ist und daß die Ergebnisse der Rechtsfindung mit den Idealen sozialer Gerechtigkeit in Konflikt stehen.

Die isolierte Behandlung dieser einzelnen Aspekte der Zivilrechtskritik in der einschlägigen Literatur bleibt partikular, so daß die vorgeschlagenen Hilfsmittel zur Beseitigung der Mängel insgesamt ihrerseits neue Widersprüche hervorbringen. Meist kann die Beseitigung des einen Mangels nur um den Preis der Verstärkung eines anderen Mangels verspro-

---

2) von S. 40:
Vgl. dazu Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174, 97 ff. (120 ff.), der eine Revision des Anspruchsbegriffs fordert, S. 138; ähnlich, wie hier die Einschätzung bei Reich, Alternative Rechtsformen - Von Rechtsnormen und subjektiven Rechten zu Aufgabennormen und Mitgestaltungsrechten - eine Skizze -, Informationsbrief der Sektion Rechtssoziologie in der Deutschen Gesellschaft für Soziologie, Nr. 11, September 1976, S. 23 ff., S. 42-44

chen werden. Ein größeres Maß an Rechtssicherheit erscheint nur um den Preis sozialer Gerechtigkeit möglich, ebenso wie umgekehrt die Struktur von Schutzvorschriften gerade im Verbraucherschutz mit ihren wertoffenen allgemeinen Formulierungen die Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungen herabsetzt. Eine Einbeziehung sozialer und ökonomischer Faktoren zur besseren Anpassung des Rechts an die soziale Wirklichkeit führt u. U. zu höherer Konsensfähigkeit und Plausibilität, relativiert jedoch weiter die Gesetzesgebundenheit des Juristen. Die Einbeziehung der "Sachgesetzlichkeit" und rollentheoretischer Überlegungen bringt ein Stück Integration von Sozialwissenschaften in die Rechtswissenschaft, kettet aber die rechtliche Wertung an faktische Machtverhältnisse in der Gesellschaft, die ihrer transzendierenden Elemente beraubt sind. Rechtssicherheit steht dort gegen Gerechtigkeit, wissenschaftliche Hinterfragung gegen Gesetzesgebundenheit [1], Vertragsfreiheit gegen Verbraucherschutz [2]. Nimmt man die Rechtsprechung im Zivilrecht zum Gradmesser für das Gelingen einer sich erneuernden Zivilrechtsdogmatik, so ist das Ergebnis wenig hoffnungsvoll. Immer mehr Urteile erscheinen mit einer eigens auf den zugrunde liegenden Fall zugeschnittenen Zivilrechtsdogmatik, bei dem die Sachgesetzlichkeit und Treu und Glauben lediglich das Fehlen einer Theorie der Ausnahmen von der dogmatischen Lösung andeuten.

Die wachsende Zahl derjenigen, die das dogmatische Denken in der Rechtswissenschaft in Frage stellt [3], deutet dabei an,

---

1) Hirsch, Rechtssoziologie heute, Kölner Zeitschrift für Soziologie, Sonderheft 11, S. 26: "Die Gesetzesgebundenheit soll ... die Last der Frage nach der angemessenen und gerechten Lösung abnehmen."

2) Helm, Privatautonomie und zivilrechtlicher Verbraucherschutz, in Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, S. 65

3) Vgl. z. B. Martin Drath, Rechtsdogmatik als Selbstzweck, in: Das Rechtswesen - Lenker oder Spiegel der Gesellschaft,

Forts. s. S. 43

wie sehr es sich bei diesen Problemen nicht um mühsam zusammengesuchte Einzelfälle handelt, sondern um Tatsachen, die eine prinzipielle Infragestellung der Zivilrechtsdogmatik herausfordern. Meyer-Cording hat die Herausforderung wohl am deutlichsten formuliert: "Das ernüchternde Ergebnis ist: die alte Rechtsdogmatik ist tot. Ihre apodiktischen Aussagen mußten ihre Verbindlichkeit einbüßen mit dem Abbröckeln der dahinter stehenden Weltanschauung." [1)]

Die entscheidende Frage, die der Richter und mit ihm jeder Jurist der Öffentlichkeit zu beantworten hat, ist dann aber die Frage, was an die Stelle der Dogmatik getreten ist und damit die Verwaltung des staatlichen Gewaltmonopols legitimiert.

---

3) Forts. von S. 42:
Dreier, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1972, Bd. 2, S. 36 ff.; Krawietz, Juristische Methodik und ihre rechtstheoretischen Implikationen, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2, 1972, S. 12 ff.; ders., Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft, RuP 1970, 150 ff.; ders., Was leistet die Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis, Österreichische Zeitung für Öffentliches Recht, 1972, 47 ff.; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Beispiel der Verfassungsinterpretation, 1967; Meyer-Cording, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein, Recht und Staat Heft 428/9, 1973; Rüthers, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen; Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung; ders.; Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), 97 ff.; Wieacker, Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, S. 6; ders., Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Hermeneutik und Dialektik, Hans-Georg Gadamer zum 70. Geburtstag, 1970, Bd. II, S. 311 ff.

1) Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? Recht und Staat Heft 428/429, 1973, S. 32

Die Praxis der Rechtsanwendung und die konkrete Behandlung von Rechtsproblemen in der Zivilrechtswissenschaft macht dabei nur deutlich, daß religiöse Wertsysteme oder das Naturrecht ihre Bedeutung als unmittelbare Lösungsangebote weitgehend eingebüßt haben. An ihre Stelle ist vielmehr der Begriff "sozial" getreten, mit dem in den Verknüpfungen der "sozialen Adäquanz", "sozialen Richtigkeitskontrolle", "Berücksichtigung sozialer Belange" und der "sozialen Funktion der Rechtsinstitute" eine Erweiterung und Veränderung der Zivilrechtsdogmatik legitimiert wird.

B Ansätze zur Einbeziehung des "Sozialen" in die Zivilrechtsdogmatik

Die Erkenntnis, daß für die dogmatischen Grundlagen des bestehenden Zivilrechts die "soziale Frage" insoweit gelöst ist, als ihre Berücksichtigung nur in den Grenzen eines im Vertrag anerkannten, als frei vorausgesetzten Willens unter prinzipiell Gleichen möglich ist, muß dazu führen, daß für die darüber hinausgehende Praxis der Rechtsanwendung ein anderer Bezugspunkt als diese dogmatisch verordnete Realität gesucht werden muß.

Naturrechtliche und ethische Ableitungen spielen dabei gerade im Bereich wirtschaftlicher Abläufe kaum noch eine praktische Rolle in der Rechtsanwendung, da ihr geringer Grad rationaler Nachvollziehbarkeit sie für die Vermittlung einer richterlichen Entscheidung an die Parteien und die Öffentlichkeit untauglich erscheinen läßt.

Exemplarisch für die in der Praxis vorherrschenden Formen der Einbeziehung von sozialer Wirklichkeit dürften dabei Topoi [1] wie 1. Sachgesetzlichkeit, Natur der Sache, wirt-

1) Vgl. zur wissenschaftlichen Rechtfertigung dieser als Problemdenken eingestuften "Methode" Viehweg, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, S. 97

schaftliche Notwendigkeit, für einen geordneten Ablauf notwendig; 2. die Anschauung aller billig und gerecht Denkenden; die Zumutbarkeit; der "verständige Rechtsgenosse" und 3. die sozialstaatliche Verpflichtung des Rechts, Unerfahrene und Schwache im Geschäftsverkehr zu schützen, sein. Diese drei Referenzen der Rechtsprechung für die Legitimation dafür, von den dogmatischen Grundlagen des BGB im Einzelfall abzugehen, finden sich in der Literatur jeweils zu Theorien der Rechtsanwendung abstrahiert.

Da in dieser Literatur jedoch eindeutig das Bemühen im Vordergrund steht, einer sich theoretisch selbstgenügsamen Rechtswissenschaft, die ihrer eigenen Praxis nicht mehr gerecht zu werden vermag, den Spiegel vorzuhalten, um ihr damit das "Bewußtwerden und die Selbstkontrolle" [1] zu ermöglichen, findet man ihre alternative Begründung zumeist nur als Fragment. Mit der Kritik dieser Ansätze wird nicht die defensive Kritik konservativer Juristen aufgenommen und die Bedeutung und Richtigkeit ihrer Analyse in Frage gestellt, sondern dort nachgefragt, wo diese Überlegungen nicht weitergeführt worden sind.

I Pragmatismus und soziologischer Positivismus

Mit den beiden zuerst genannten Denkfiguren (Sachzwang, Konsens) in der Rechtsprechung wird im Prinzip nichts anderes gefordert, als daß die juristische Entscheidung und ihre materiellen Auswirkungen in der Regelung sozialer Konflikte sich möglichst funktional in den Anwendungsbereich einordnen und nicht selbst als Störfaktor auftreten.

---

1) Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 10

Meyer-Cording [1] faßt dies dahin zusammen, daß der Jurist "tentative Formeln für optimale Modelle" (S. 34) entwickelt. Es geht um ein "law in action" (S. 31), bei dem "der praktizierende Jurist sein Rechtsempfinden oder Judiz (Richterkunst) sprechen lassen (muß), um am Ergebnis zu kontrollieren, daß seine Entscheidung auch sozial richtig ausfällt" (S. 42). An die Stelle der Rechtsdogmatik muß die Rechtslehre treten (S. 46), in der von dem dogmatischen Denken zum "pragmatisch arbeiten wollen" (S. 21) überzugehen ist. Eine "offene Dogmatik" gibt es nicht [2]. Die Forderung nach Pragmatismus bringt am besten den theoretischen Hintergrund der Praxis zum Ausdruck [3], deren Begriffe noch keinesfalls das Betreten der "sozialwissenschaftlichen Arena" (S. 35) andeutet. Die "situationsverantwortliche Hermeneutik" [4] bleibt weitgehend unberührt von der in den Sozialwissenschaften geführten Methodendiskussion, in der der Pragmatismus, wie er vor allem im angelsächsischen Raum in den Sozialwissenschaften von Dewey und Peirce entwickelt wurde [5], bereits kritisch gewürdigt worden ist.

In diesem Pragmatismus der Sachgesetzlichkeit überwiegt noch jene Form des naturwissenschaftlich dominierten Positivismus von Mach und Comte, nach der mit der Sachgesetzlichkeit und wirtschaftlichen Notwendigkeit Tatsachen vorliegen, die als solche objektiv und nach bestimmten formalen Regeln allein durch die Sinneserfahrung erfaßbar sind [6]. Der Mangel, daß soziale Wirklichkeit nicht mehr "verstanden", d. h. daß Ursa-

---

1) Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? Recht und Staat Heft 428/429; vgl. auch S. Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, S. 62-65 "Wirklichkeit (ist) Prüfstein der Richtigkeit der Wissenschaft" (S. 65)

2) ders., nach Kötz, Diskussion zu den Referaten Esser, Spiros Simitis und Pleyer, AcP 172 (1972), S. 172 (174)

3) Meyer-Cording bezeichnet sich selber als ein "der Praxis Nahestehender", a.a.O. S. 173

4) Emge, Die Bedeutung der rechtssoziologischen Sachverhalte für die Dogmatik, Kölner Zeitschrift für Soziologie, Sonderheft 11, S. 182 ff. a.E.

5) Vgl. hierzu Habermas, Erkenntnis und Interesse, S. 116 ff.

6) A.a.O. S. 92 ff.

chen und Zwecke nicht mehr erforscht werden, wird zwar noch gesehen. Gerade das bewußte Inkaufnehmen dieses Mangels wird mit der Behauptung, daß jegliche Erkenntnis relativ und daher die "Bestimmung der eigentlichen Ursachen" ohnehin "unerreichbar" [1] ist, als Begründung für die Wissenschaftlichkeit des Positivismus angegeben. Abgesehen davon, daß "ihr planer Materialismus die erkenntnistheoretische Frage nach den subjektiven Bedingungen der Objektivität möglicher Erkenntnis abschneidet" [2] und der "Zugang zur Wirklichkeit auf die Dimension ein(geschränkt ist), die durch die methodische Vergegenständlichung der Wirklichkeit vom Bezugssystem der Wissenschaft festgelegt ist" [3], hat der Positivismus sich selber gerade immer damit verteidigt, daß man aus der Wirklichkeitsbetrachtung keine normativen Aussagen ableiten kann, sondern aufgrund der Relativität von Erkenntnis im Grunde nur normative Aussagen falsifizieren kann. Popper [4] zeigt gerade, daß die "Situationslogik" eben nicht mehr sein kann als das Mittel zum Einordnen von Handlungen in (unverstandene) Situationen. Hierzu können wir aber "unsere Theorien nicht rational rechtfertigen und nicht einmal als wahrscheinlich erweisen". Wir können sie nur "rational kritisieren" [5].

In der pragmatischen Öffnung der Rechtsanwendung auf die soziale Wirklichkeit liegt die Gefahr einer objektivistischen Verkürzung von Sozialität auf die identische Abbildung sozialer Prozesse und ihrer herrschenden Normen im Recht. Recht wird hierbei von seinem Gerechtigkeitsanspruch befreit und zur Sozialtechnologie, Urteile sind dann nicht mehr ge-

---

1) Comte zitiert nach Habermas, a.a.O. S. 100
2) Habermas, a.a.O. S. 109
3) Habermas, a.a.O. S. 115
4) Die Logik der Sozialwissenschaften, in: Topitsch (Hrsg.), Maus/Fürstenberg, Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie, 1972, S. 103 ff. (120)
5) A.a.O. S. 122

recht oder ungerecht, richtig oder falsch, sondern nur noch im Rahmen der die Konfliktsituation beherrschenden Machtverhältnisse funktional oder dysfunktional.

Bei Esser wird der Pragmatismus [1] in der Rechtsanwendung von einer Vielzahl unterschiedlicher Faktoren überlagert. Zwar spricht er noch von "Sachnotwendigkeiten", denen er "Erfordernisse des Wirtschaftslebens" unterstellt [2], doch sieht er dies nicht als einen neuen Ausweg für die notwendige "Hinwendung zur politischen Aufgabe" (S. 183) an. Seine Theorie der Rechtsanwendung knüpft unausgesprochen vor allem an die subjektiven Formeln von der "Anschauung aller billig und gerecht Denkenden" und dem "verständigen Rechtsgenossen" [3] an, wenn er einen allgemeinen "Konsens" (S. 117), "Akzeptabilität" (S. 135) und "gemeinsames Wertungsbewußtsein" (S. 168) als Grundlagen der Einbeziehung rechtspolitischer Wertungen in eine "offene Dogmatik" [4] ansieht.

Seine Analyse, daß "die gesetzlichen Regelungsmuster ... einen Raster für eine nachvollziehbare Bewegung (geben), wenn und nur soweit man sie für einschlägig erachtet" (S. 203), sowie der ideologiekritische Schluß, daß "es keine Entscheidungstheorie (gibt), ... welche dem Richter fertige Lösungsmöglichkeiten anbietet" (S. 204), sind bei Esser nicht nur "Faktum nüchtern protokollierter Beobachtung" [5], sondern Wesensmerkmale allen positiven Rechts, das "im Interesse

---

1) Esser, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), S. 97 ff. (124, 129)
2) Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, S. 173/174
3) Hierzu vgl. Limbach, Der verständige Rechtsgenosse
4) AcP 172 (1972) S. 123
5) So aber Säcker, Der Streit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts, JZ 71, 156

seiner Kontinuität auf einen solchen Prozeß der Differenzierung und 'Lebensnähe' angewiesen (ist) " (S. 17 Fn. 1). Die "Rechtsüberzeugungsbildung" (S. 21) und "Richtigkeitskontrolle" (S. 106) sind daher für ihn notwendige Bestandteile innerhalb der Rechtsfindung, bei der die Norm nur "Ordnungsziel" (S. 34) bzw. für eine "Entscheidung sinnvolles Weisungsmuster" (S. 139) ist und die auf eine "Gemeinsamkeit oder Parallelität einsichtiger ('evidenter') Vorstellungen" (S. 27), auf "Rechtsvernunft" (S. 76) und die "Überlegungen der Brauchbarkeit und Akzeptabilität" (S. 135) abstellen muß, aber auch abstellen darf. Dogmatik hat nach seiner Auffassung "eine pragmatische Aufgabe, welche sich an jeder Norm und an jeder Theorie neu bewähren muß. Für diese Bewährung ist der 'Erfolg' im Sinne eines antizipiert beurteilbaren Konsenses über die Richtigkeit von Lösungen maßgebend." [1]

Mit dieser Hinwendung zur intersubjektiven Anerkennung des sozialen und rechtspolitischen Vorverständnisses, die bei Esser mehr dem Zweck dient, die Richter zur wissenschaftlichen Ehrlichkeit aufzufordern statt die Rechtspolitik unter scheindogmatischen Ableitungen zu verbergen, hat er den schon bei Peirce vollzogenen Schritt getan, mit dem anerkannt wird, daß gesellschaftliche Tatbestände sich eben nicht als solche in der Sprache abbilden, sondern vom Menschen zunächst gesehen und über seine sprachliche Interpretation subjektiv formuliert werden müssen [2]. Mit dem "Konsens-Postulat" wird jedoch dann wieder eine herrschaftsfreie Kommunikation suggeriert, die den politischen Raum herausdrängt. Man muß sich dann den Vorwurf gefallen lassen, daß man gerade an der jüngsten deutschen Geschichte mit

---

1) Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972) S. 97 (129)

2) Vgl. Habermas, Erkenntnis und Interesse, S. 118

ihren ausgeprägtesten intranationalen Widersprüchen im Kaiserreich, der Weimarer Zeit, im Faschismus bis hin zur Teilung in zwei Staaten mit unterschiedlicher Gesellschaftsordnung vorbeisieht. Aus der Diskussion der Massenverträge ist uns im übrigen auch im Zivilrecht bekannt, daß der Konsens, den die Vertragsurkunde suggeriert, wohl nichts anderes ist als ein Dokument der gesellschaftlichen Machtverhältnisse, in denen der Vertrag entstand. Die normative Frage wird auf den Prozeß gelenkt, in dem etwas als Konsens definiert wird, was bei technischen Anpassungen unproblematisch sein mag, bei sozialen Gegensätzen jedoch zur Machtfrage wird. Das allgemeine Interesse bei Hegel und die objektive Vernunft bei Kant, die allein einen herrschaftsfreien Konsens begründen könnten, sind jedoch niemals konkrete Möglichkeiten, sondern ihrerseits Herrschaftsmittel gewesen, wodurch das Bürgertum sein Interesse zum allgemeinen Interesse erklärt hat.

Luhmann [1] faßt mit seiner Kritik an Esser wohl die Ängste der Dogmatiker zusammen, wenn er keine Barrieren mehr vor dem richterlichen Subjektivismus sieht, wo die "dogmatische Selbststeuerung" preisgegeben ist. In einer solchen auf der Ebene der Zumutbarkeit und Einzelfallwertung festgemachten Folgenkontrolle "würden die politische Kontrolle des Zugangs zur Rechtsentscheidung und die Personalauswahl derer, die über Recht und Unrecht entscheiden, zum Problem werden." [2] Stattdessen fordert er, es bei der dogmatischen Konstruktion zu belassen, die als "generalisierte Vergangenheit" die "Wiederholung der Entscheidungsmöglichkeit" [3] sichere [4].

---

1) Rechtssystem und Rechtsdogmatik, S. 48
2) A.a.O.
3) A.a.O. S. 37
4) Vgl. die bei Esser, AcP 172 (1972, S. 102 (Forsthoff) und S. 107/108 (Flume) wiedergegebenen Kritiken, sowie die überwiegend defensiven Beiträge auf der Zivilrechtslehrertagung nach Kötz, a.a.O.;

Eine solche Annahme ist jedoch nur dann überhaupt erwägenswert, wenn die Prinzipien, mit denen die Dogmatik Realität bewältigt und Komplexität reduziert, die wesentlichen Bestimmungen der Entwicklung gesellschaftlicher Realität aufgenommen haben und damit überhaupt Entscheidungen für die sich in der geschichtlichen Entwicklung bildenden neuen Konfliktsituationen und Machtverhältnisse bergen, ohne daß diese zwangsweise von außen herangetragen werden müßten. Allein schon ein flüchtiger Blick auf die Entwicklung der Zivilrechtsdogmatik etwa zur Trennungstheorie macht jedoch deutlich, daß hier nicht von einer "Fortentwicklung" der Dogmatik gesprochen werden kann, sondern umgekehrt die durch die Rechtsprechung vermittelten Veränderungen in der Praxis die Prinzipien neuer dogmatischer Gestaltung abgaben [1].
In der konservativen Rechtslehre dürfte sich daher ebenso wie in der Konsequenz eines systemtheoretischen Ansatzes die Einsicht spiegeln, daß die Legitimation richterlicher Entscheidung, die innerhalb der Gesellschaft weniger auf wissenschaftlicher Genauigkeit als auf ihrer ideologischen Einordnung in die Autorität und das Gewaltmonopol des Staates beruht, erst recht gefährdet ist, wenn die Richter den objektivistischen Schein rechtsdogmatischer Argumentation ablegen und einen unmittelbaren politischen Konsens in der öffentlichen Meinung suchen. Eine unwissenschaftliche Rechtswissenschaft, die mit dem Regel-Ausnahme-Schema auch nach Auffassung von Luhmann nur "die Zuordnung zur Regel als normal suggeriert" (Hervorh. U. R.) [2], ist aus systemtheoretischer Sicht eben systemfunktionaler als ein Juristenstand, der sich seiner eigenen Rolle und Methodik mit Hilfe sozialwissenschaftlicher Erforschung bewußt wird und dies darstellt.

---

1) Dazu vgl. unten S. 228 ff.
2) A.a.O. S. 33

Die "Bedrohung", die Flume [1] in Essers Analyse sieht, ist daher durchaus nicht nur wissenschaftlicher, sondern vor allem politischer Natur. Sowohl die objektivistischen wie auch die subjektivistischen Folgerungen für eine Theorie der Rechtsanwendung, die ihre in der herrschenden Zivilrechtsdogmatik verloren gegangene Kompetenz zur Erklärung und Beeinflussung juristischer Praxis zurückgewinnen möchte, können nicht auf eine zumindest implizite Zieldefinition verzichten. Diese Zieldefinition ist dabei durch die Rückkoppelung der bestehenden gesellschaftlichen Verhältnisse oder ihrer Widerspiegelung in der herrschenden Meinung in der Weise gegeben, daß das Bestehende Maßstab für das, was sein soll, abzugeben hat. Daß im Bestehenden schon ein Widerspruch ist, der bei adäquater methodischer Aufnahme in den Sozialwissenschaften die soziale Spannung einer sich entwickelnden Gesellschaft mit reproduzieren müßte und daher Konsens, Sachgesetzlichkeit, technische Zwänge und andere Abstraktionen ideologischen Charakter haben, ist in den Sozialwissenschaften Positivismus, Pragmatismus, Instrumentalismus und Systemtheorie entgegengehalten worden [2]. Darüber hinaus ist diese Reduktion von Rechtsanwendung auf Systemerhaltung und Konfliktvermeidung [3] deshalb nicht möglich, weil über das gesetzliche Entscheidungsprogramm hinaus ein solches allgemeines Ziel auch von den Juristen nicht aufgestellt werden kann. Es gibt keinen verfassungsrechtlichen Artikel darüber, daß die Aufgabe des Rechts in der Konservierung bestehender gesellschaftlicher Zustände besteht. Art. 6 Abs. 5 GG und das in Art. 20, 28 GG verankerte Sozialstaatsprinzip zeigen vielmehr deut-

---

1) AcP 172 (1972), S. 107/108

2) Vgl. z. B. Habermas, Technik und Wissenschaft als Ideologie, in Technik und Wissenschaft als Ideologie, S. 48 ff.

3) Vgl. zu diesem apriorisch gesetzten Ziel in der Konflikttheorie Galtung, Institutionalisierte Konfliktlösung, in Konflikt und Konfliktstrategie (Hrsg. Bühl), 1972, S. 113 ff., insbes. S. 116 u. 118

lich, daß auch die Schaffung gesellschaftlicher Konflikte durch das Recht geboten sein kann, wenn bestehende Strukturen durch Gesetze und deren justizmäßige Konkretisierung verändert werden sollen, und zwar auch dann, wenn sich kein "Konsens" herstellen läßt. Insbesondere die Weimarer Zeit hat dabei gezeigt, wie sehr sich die Justiz aus durchsichtigen politischen Gründen selbst die Funktion der Erhaltung des status quo beimessen kann, wenn es entsprechend ihrer verfassungsrechtlichen Stellung die Aufgabe gewesen wäre, mit den neuen Gesetzen verändernd in die Wirklichkeit einzugreifen. Zumindest die Ziele der Rechtsfortbildung müssen dem Gesetzgeber überlassen bleiben. Die Inadäquanz geltenden Rechts gegenüber der sozialen Wirklichkeit festzustellen, bleibt selber eine politische Entscheidung, die nur der Gesetzgeber legitimer Weise "verrechtlichen" kann. Daß dabei innerhalb der Widersprüche im gesetzten Recht Interpretationsräume entstehen müssen und daher die Explikation des hermeneutischen Vorverständnisses für das Verständnis der Wahl einer Lösungsmöglichkeit wichtig ist, bleibt unbestritten. Bei einer solchen Entscheidung hat aber weder die öffentliche Meinung noch eine meist mit Drohgebärden verbundene Darlegung wirtschaftlicher Notwendigkeiten irgendeinen Vorrang vor allgemeinen Wertentscheidungen im Recht. Wer die Rechtsanwendung, wie sie sich zunehmend in einen gesetzesgebundenen und einen Teil freier Assoziation aufspaltet, selbst als sachnotwendig legitimiert, kann gegen eine Interpretation aus § 242 BGB nach der entsprechend dem zeitweilig vorherrschenden politischen "Konsens" in der Bundesrepublik (Radikalenerlaß) ein rechtzeitig und mangelfrei abgeliefertes Werk nicht bezahlt zu werden braucht, nichts einwenden [1].

---

1) LG Berlin NJW 77, 252; dazu Eike Schmidt, Von der Unbrauchbarkeit des an sich Brauchbaren oder Zu den Ausstrahlungen des Radikalenerlasses im Zivilrecht, DuR 1'77, S. 55 ff.; Gerlach, Radikalenfrage und Privatrecht - Zur politischen Freiheit in der Gesellschaft, Recht und Staat Heft 482/483

War die traditionelle Zivilrechtsdogmatik Ausdruck des Konsenses der im 19. Jahrhundert Herrschenden, so ist der rechtspolitische Konsens heute Ausdruck der jetzt Herrschenden. Die Herrschaft selber bleibt affirmativ ausgeklammert.

II Der Verfassungspositivismus

Der Verfassungspositivismus versucht im Gegensatz zum Pragmatismus den Rückgriff auf soziale Wirklichkeit in der Zivilrechtsdogmatik im Rahmen des geltenden Normengefüges selber zu rechtfertigen und damit die Erweiterung der Zivilrechtsdogmatik gerade als Konsequenz der Gesetzesgebundenheit des Juristen abzuleiten. Dabei wird insbesondere das Sozialstaatsprinzip als tauglicher Anknüpfungspunkt für die Lösung der "sozialen Frage" im Zivilrecht angesehen. Die Offenheit dieses Prinzips gibt dabei scheinbar die Möglichkeit, "daß jeder sein eigener authentischer Verfassungsinterpret wird und dort, wo ihm ein bestimmtes Ziel oder eine bestimmte Lösung vorschwebt, sie mit einem Kurzschluß aus der verfassungsrechtlich festgelegten Sozialstaatlichkeit rechtfertigt." [1]

Die wohl geringste verfassungsrechtliche Anknüpfung findet sich dabei in der Auffassung, wonach das Sozialstaatsprinzip und die Geltung der Grundrechte im Privatrecht allein Legitimation zur Einbeziehung sozialer Wirklichkeit sind, "wodurch der Weg für die Entwicklung differenzierender, sowohl dem Grundsatz der Vertragsfreiheit als auch den verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen gerecht werdender Lösungen eröffnet [2] wird."

---

1) Werner Weber zitiert nach Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, Köln/Opladen 1970 S. 282
2) Schmidt-Salzer, Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, NJW 70, 8 (14)

Diese Form der Öffnung der Zivilrechtsdogmatik zur sozi
Wirklichkeit, wie sie mit der unmittelbaren Drittwirkung
Grundrechten im Zivilrecht und der Lehre von der Sozialad
äquanz [1] insbesondere durch die Rechtsprechung des Bund
arbeitsgerichtes verkörpert wird [2], ist dabei nicht mehr
die verfassungsrechtliche Absicherung des "Abwägens" und
damit von Pragmatismus, sowie ordnungspolitischen und na
turrechtlichen Durchbrechungen der Zivilrechtsdogmatik. D
ser Verfassungspositivismus bringt daher keine Bestimmun
des Inhalts oder Umfangs der Hinwendung des Zivilrichters
zur sozialen Wirklichkeit, sondern verdeckt mit seiner Ge
ralvollmacht hierzu lediglich die Legitimationsfrage [3].

Die vor allem von Ludwig Raiser und Ramm vertretene Sozialstaatslehre im Zivilrecht will dagegen das Sozialstaat
prinzip über seinen deklaratorischen Charakter hinaus als Mittel sozialer Anteilnahme ernstnehmen. Neben der pragma
tischen Anpassung, dem Vorausdenken veränderter Lebens
formen im Recht [4], geht es Raiser um die Beantwortung d
Frage, "ob sich ein System entwerfen läßt, das der heutigen Lage der Industriegesellschaft im demokratischen Wohlfahrts
staat (Hervorhebung U. R.) besser gerecht wird." [5] Raiser

1) Vgl. BAG 1, 291 (306)
2) BAG 2, 165 (175): "Die Rechtsanwendung ist, je mehr es sich um Generalklauseln, unbestimmte Ermessensfragen handelt, nicht nur eine erkennende, sondern eine bewertende, aktualisierende, integrierende und im konkreten Fall die Verwirklichung der Gerechtigkeit anstrebende Willensentscheidung."
3) Wie weit dies geht, zeigt folgende Passage: BAG (GS) JA 71, 491: "Arbeitskämpfe müssen zwar nach unserem freiheitlichen Tarifvertragssystem möglich sein, um Interessenkonflikte über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im äußersten Fall austragen und ausgleichen zu können. In unserer verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft berühre aber Streik wie Aussperrung ... die Allgemeinheit vielfach nachhaltig, ... Dabei sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen, und das Gemeinwohl darf nicht offensichtlich verletzt werden ..."
4) Raiser nach Kötz, a.a.O. S. 174
5) Die Zukunft des Privatrechts, S. 19

sieht in der Abwendung der Jurisprudenz vom Systemdenken zum reinen Problemdenken einen Verlust von Wissenschaftlichkeit und Legitimation [1]. Mit der Interessenjurisprudenz teilt er jedoch die Analyse, daß das dogmatische System des BGB für eine gerechte Beurteilung moderner Fallgestaltungen nicht mehr hinreicht. Er plädiert daher ähnlich wie Esser für "ein offenes System", das dem Problemdenken Raum gibt, "ohne darüber den Zusammenhang des Ganzen aus dem Auge zu verlieren" [2], da die Rechtswissenschaft sich insofern von anderen hermeneutischen Disziplinen unterscheide, als ihr Gegenstand das Recht ist, "eine normative Ordnung gesellschaftlichen Lebens, die zum Bestimmungsgrund menschlichen Lebens werden soll." (1202) Für den Ersatz des "unbewältigten Stücks idealistischer Vergangenheit" (1204) will er jedoch im Gegensatz zu Esser nicht allein den "Konsens der Fachgenossen" (1204) darüber entscheiden lassen, wie die Rechtswissenschaft ihrer für eine hermeneutische Wissenschaft ärgerlichen Aufgabe der Veränderung der zu interpretierenden Texte (1206) gerecht werden kann. Hierzu will er auf die Grundbestimmungen allen Rechtes zurückgreifen, die darin bestehen, daß 1. der Mensch Recht als Ordnungssystem notwendig braucht, 2. der Mensch als vernünftig und eigenverantwortlich handelnd vorausgesetzt werden muß und 3. "daß es für den Menschen verbindliche Werte gibt, an denen sich Rechtssetzung orientieren kann und muß, wenn die Ordnung Bestand haben soll."(1206/1207) Rechtswissenschaft bedarf daher zu ihrer Öffnung einmal der Rechtstatsachenforschung, die den Erfordernissen konkreter sozialer Ordnung gerecht werden kann, und zum anderen einer Rechtstheorie, die die "den geschichtlichen Wechsel überdauernden Begriffe und Denkformen" (1204) herausarbeitet. Unter diesem

---

1) Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, NJW 64, 1201 (1203)
2) A.a.O. S. 1204

Gesichtspunkt der Konstruktion eines "inneren Systems" (120 der praktizierten Rechtsanwendung ist sein Rekurs auf die "privatrechtsgestaltende Kraft des Grundgesetzes" [1] für die Zivilrechtsinterpretation nicht nur als soziale Öffnung, sondern zugleich als Aufgabe zu verstehen, Ziel und Inhalt der Einbeziehung sozialer Wirklichkeit hieraus zu bestimmen.

Auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1951, auf der Flume [2] das BGB wieder zum Grundgesetz der Nachkriegsordnung erklärte, hat Raiser [3] die neue Qualität des Rechtsdenkens, wie sie mit Art. 14 und 15 sowie Art. 20, 28 GG in das Rechtssystem eingefügt wurde, gegen die "in fast reaktionär zu nennender Weise" [4] herausgestellten Freiheitsrechte des Einzelnen im Grundrechtsteil hervorgehoben. Dabei hat er der liberalistischen BGB-Konzeption entgegengehalten, daß Art. 14, 15 GG das Eigentum aus seiner formalen Abstraktion herauslöst und "Art. 14 ... also mehr dem Schutz des konsumtiven Eigentums und seiner defensiven Funktion" [5] gilt. "Die Eigentumsgarantie weist verschiedene Grade der Intensität auf, je nach der wirtschaftlichen und sozialen Funktion, die das geschützte Gut erfüllt. Der volle Schutz des Art. 14 besteht da, wo das Eigentum dazu dient, die Unabhängigkeit und freie Entfaltung der Einzelperson in ihrem privaten Lebensraum zu sichern." [6] Diese Funktionsteilung des Eigentums hat er später als eine der möglichen Aufspaltungen von Rechtsinstituten mit der strukturellen Logik des Privatrechtssystems erklärt [7].

---

1) Grundgesetz und Privatrechtsordnung, Festvortrag auf dem Deutschen Juristentag 1966, Vhdlgen des 46. DJT, Bd. II, Teil B, S. B 8; vgl. auch ders., Aufgabe und Verantwortung des Juristen in unserer Gesellschaft, Festschrift Eduard Kern, S. 383 ff.
2) VVDStRL (1952) S. 157
3) A.a.O. S. 158/9
4) A.a.O.
5) A.a.O.
6) Zur Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, AöR 78 (1952-53) S. 118 (119)
7) Raiser, Funktionsteilung des Eigentums, S. 177

In den zivilrechtlichen Austauschverhältnissen hat er jedoch nur aus dem "intellektuellen Übergewicht dessen, der die Rechtstechnik virtuos beherrscht" "eine Macht eigener Art" abgeleitet [1], gegen die der staatliche Eingriff präventiv nur zur Stärkung des Wettbewerbs erforderlich ist, während im übrigen Korrekturen der Einzelverträge möglich sein sollen.

•

In seinem Entwurf der "Zukunft des Privatrechts" geht Raiser davon aus, daß in zunehmendem Maße eine durch das Sozialstaatsprinzip geforderte [2] Herstellung sozialer Gerechtigkeit in der Wirtschaftssphäre verstärkte Staatseingriffe erforderlich machen, die dazu führen, daß das Zivilrecht öffentlich-rechtlich überlagert wird. Diese sozialadäquate Differenzierung des Zivilrechts führe dazu, daß der "Grad der Privatheit oder Öffentlichkeit eines solchen Lebensbereiches auch zu rechtlich relevanten Unterschieden in der Funktion und der Handhabung privatrechtlicher Rechtsinstitute führen muß."(S. 27) Durch diese Funktionsteilung des Privatrechts soll es ermöglicht werden, die "zentralen Rechtsinstitute des Privatrechts teils mit, teils aber auch ohne die Hilfe des Gesetzgebers unter dem Leitprinzip der sozialen Verantwortung" (S. 33) umzubilden. Die dabei verfolgten öffentlichen Ziele bleiben jedoch widersprüchlich. Einmal geht es um den Schutz des Marktes, dessen Ordnung eine "öffentliche Institution" ist (S. 33), die "selbst auf rechtsethischen Prinzipien beruht" [3], in dessen Kontext er einen Schutz der individuellen Freiheit vor Großorganisationen (sowohl Interessenverbände als auch große Wirtschaftsunternehmen) (S. 35) fordert, auf der anderen Seite sieht er, "daß hier (im Verbraucherbereich, U.R.) nicht Individualkonflikte zu lösen, sondern typische öffentlich gewordene Gruppenbedürfnisse zu befriedigen sind." [2] Ob-

---

1) Vertragsfreiheit heute, JZ 58, 1 (7)
2) Die Zukunft des Privatrechts, S. 32

wohl bei Raiser mit der konsequenten Weiterführung des Prinzips sozialer Verantwortung im Zivilrecht bereits Ansätze sichtbar werden, bei denen die Privatheit der staatlichen Anerkennung privater Interessen in Frage gestellt ist, das Individualinteresse als gesellschaftliches Interesse angesprochen wird, die Abstraktheit zumindest verbal aufgehoben wird durch die Aufgliederung des Privatrechts nach sozialen Bereichen, bleibt sein "inneres System" doch dem Dualismus von Privat und Öffentlich verhaftet, der die ideologische Grundlage der Zivilrechtsdogmatik bildet. Freiheit bleibt reduziert auf das Individuum und repräsentiert durch die Marktwirtschaft. Soziale Gerechtigkeit bleibt, wenn auch systematischer als in der herrschenden Lehre, auf Korrektur der in diesem System produzierten Ergebnisse beschränkt, auf "durch vielfältige Staatsleistungen zu unterhaltende Wohlfahrt und Sekurität." [1]

Das sozialstaatliche Prinzip legitimiert letztlich eine Folgensteuerung, mit der das durch die dogmatische Anwendung des Zivilrechts geschaffene Unrecht im Einzelfall gemildert und verdeckt werden soll, wodurch die Vertragsfreiheit in ihrer formal-liberalistischen Konzeption des historischen Gesetzgebers im Prinzip unverändert bleibt. Dieser formalen Freiheit einiger weniger wird darüber hinaus sogar das Attribut der Freiheit schlechthin belassen, indem man diese "Freiheit" in einen Gegensatz zu sozialer Gerechtigkeit stellt und damit Art. 2 GG und Art. 20 Abs. 1; 28 Abs. 1 GG zu These und Antithese erklärt [2]. Das "Spannungsverhältnis zwischen Freiheitsprinzip und Sozialstaatsprinzip" [3] reduziert sich letztlich darauf, daß dem Machtanspruch der Banken und des Handels gegenüber dem Konsumenten die volle

---

1) Die Zukunft des Privatrechts, S. 19
2) Raiser, L., Vertragsfreiheit heute, JZ 58, 1 (6)
3) Raiser, Ludwig, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, Festschrift DJT 1967 B 15

Legitimation der Rechtssicherheit und dogmatischen Korrektheit des BGB zugesprochen wird, während die soziale Gerechtigkeit, die Voraussetzung der Freiheit für die Mehrzahl der Bevölkerung wäre, in die Generalklauseln zur Stimmigkeitskontrolle mit Hilfe der Grundgesetzartikel verbannt wird [1]. Diese Artikel gestatten dem Zivilrichter, "in Fällen unmittelbarer Not, bei der Gefährdung der Existenz oder wichtiger Lebensbereiche, einzugreifen." [2]

Trotz aller Bekenntnisse zur Demokratie [3] greift Raiser doch den auf wohlfahrtsstaatliche Hilfe reduzierten Sozialstaatsbegriff auf, wie er durch die Sozialpolitik der Adenauer-Ära praktisch und durch die herrschende Lehre der Verfassungsinterpretation theoretisch "im Modell eines 'sozialen Kapitalismus'" festgelegt worden ist [4].

III Der Sozialbegriff als Problem

Die bisher behandelten Theorien zum Verhältnis von sozialer Wirklichkeit und Zivilrecht, von Rechtspolitik und Rechtsdogmatik sind unentbehrlich auf dem Weg zur Bewußtwerdung des Zusammenhangs zweier Entscheidungsfelder der juristischen Praxis, die sich mit Leerformeln und Methodenpluralismus über ihre wissenschaftlichen Defizite hinwegsetzt. Ihre Analyse macht die Tendenz der Rechtsdogmatik zur sozialfunktionalen Interpretation zivilrechtli-

---

1) Vgl. Raiser, a.a.O. B 30
2) Ramm, Einführung in das Privatrecht/Allg. Teil Bd. I G 106; ähnlich Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in Festschrift Heinrich Lehmann, 1956, I, S. 145 ff. (185)
3) Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, S. 19
4) Vgl. dazu die Analyse von Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, S. 120; S. 293, 300 ff.

cher Institute [1] deutlich, in der die Fortentwicklung des Privatrechts zu suchen ist.

Der entscheidende Mangel in diesen Arbeiten, soweit es nicht die Beschreibung, sondern die normative Entwicklung einer veränderten zivilrechtlichen Entscheidungsfindung betrifft, liegt jedoch darin, daß der Begriff der "sozialen Wirklichkeit", der "Sozialität", des "Sozialen" selber nicht ernst genommen und auf seine Aussagekraft für das Zivilrecht untersucht wird, um hierdurch zunächst einmal die Veränderung der Praxis "verstehen" zu können. So führt die Reduktion des "Sozialen" auf die positivistische Abbildung herrschender Sozialstrukturen im Recht zu einer Erklärung, wonach die Wertungsjurisprudenz sich aus den technischen Anforderungen veränderter wirtschaftlicher Sachgesetzlichkeiten ergibt, ihre Reduktion auf den herrschenden Konsens über das, was als sozial relevant zu gelten hat, dazu, den Wandel der Rechtsprechung aus einem veränderten Wertungsbewußtsein und Vorverständnis zu erklären und schließlich die Reduktion von Sozialität auf Parteinahme für die sozial Schwachen auf ein Erklärungsmodell, das die Ablösung der idealistischen Philosophie durch die modernen Gerechtigkeitsideen eines demokratischen Wohlfahrtsstaates als entwicklungsbestimmend ansieht.

Die entscheidende Frage bleibt daher weiter zu beantworten,

---

1) Esser, Möglichkeiten und Grenzen dogmatischen Denkens im Zivilrecht, AcP 172 (1972), S. 126: "daß eine moderne dogmatische Forschung ... an die Funktionen eines rechtlich relevanten Sozialverhältnisses (denkt)." L. Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, S. 27: "Vielmehr gilt es, die Unterschiedlichkeit der für ein Rechtsinstitut bestimmenden Wertmaßstäbe je nach dem Funktionsbereich herauszuarbeiten, in dem es jeweils eingesetzt wird."; S. Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, S. 76: "Das Vertragsverhältnis ist Ausdruck subjektiv sozialgebundener Betätigung."

nämlich welches die eigentlichen Gründe sind, die dazu geführt haben, daß das Gerechtigkeitsideal des Zivilrechts ins Wanken gekommen ist, die Wissenschaftlichkeit bezweifelt wird, die Methodik der Rechtsauslegung ein einheitliches Verständnis der Gesetze nicht mehr garantiert, ein Wirklichkeitsverständnis entscheidungsrelevant ist, Sozialwissenschaften jedoch als rechtlich irrelevant abgewiesen werden, kurz das Zivilrecht immer mehr vor die Aufgabe gestellt wird, über den "rechtlich relevanten Sachverhalt" hinaus die Sozialität der zu bewertenden Handlungen zu berücksichtigen.

Wenn die Zivilrechtsdogmatik vom Differenz- zum normativen Schadensbegriff, von dem Verschulden zum zurechenbar vertreten müssen, von der Willenstheorie zur Zurechnungstheorie, vom Vertrag zum Rechtsverhältnis aus sozialem Kontakt, vom Synallagma der Vertragsparteien zur Berücksichtigung Dritter, von dem Schutz absoluter Rechte zur Verabsolutierung schutzwürdiger Güter, von der rechtlichen Bewertung wirtschaftlicher Handlungen zur wirtschaftlichen Bedeutung rechtlicher Wertungen, von der Bestimmung des Urteils durch die Rechtsanwendung zur Bestimmung der Rechtsanwendung durch das Urteil, vom Schutz des einzelnen vor der Gruppe zum Schutz der Gruppen vor der Willkür einzelner Rechtspersonen, vom individuellen zum kollektiven Recht übergeht [1], so deutet sich darin an, daß neben jener Gesellschaft, deren Struktur in der traditionellen Zivilrechtsdogmatik verarbeitet ist, eine "andere" Gesellschaft bereits tatsächlich nachweisbar ist, deren Prinzipien sich in dieser Metamorphose andeuten.

---

1) Vgl. hierzu auch die Aufzählung bei Esser, a.a.O. AcP 172 (1872), S. 112, 119 f.); er nennt dies eine "sozial angeregte Dogmatik", a.a.O. S. 125; Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, a.a.O. S. 9, bezeichnet seine Beispiele als Folge des "ethischen Gedankens der sozialen Gliedstellung des einzelnen"; Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, S. 47, nennt als neue Figuren "Vertrauen, Risiko, Gefahr", weil "bestimmte dogmatische Figuren ... das Problem nicht fassen, das künftige Kontingenzen in zeitlicher und sozialer Hinsicht aufwerfen."

C Prinzipielle und symptomatische Kritik der Gerechtigkeit im Zivilrecht

Viehweg hat uns die Erkenntnis vermittelt, daß die traditionelle Zivilrechtsdogmatik, wie sie im positiven Recht des BGB ihren Niederschlag gefunden hat, als Antwort auf ein Fragengefüge, auf ein Problem, zu begreifen ist [1]. Wenn sich aus dieser in sich geschlossenen Antwort des Zivilrechtssystems, der Dogmatik, eine neue Gestalt formt, die nicht den gleichen Prinzipien zu gehorchen scheint, wie das ursprüngliche System, so muß dem eine andere Frage zugrunde liegen, die wir zu finden haben. Viehweg [2] sieht diese Grundfrage in der Frage nach der Gerechtigkeit jedoch als unwandelbar an. "Das wirklich Bleibende ist immer nur die Grundaporie" [3], so daß die Veränderung der "Antwort" als Veränderung der Bedingungen, unter denen sich Gerechtigkeit durchzusetzen hat, aufgefaßt werden muß. Gerade hier muß die Kritik jedoch weitergehen, nämlich, ob wirklich die Gerechtigkeit jener unwandelbare Anspruch an das Privatrecht war und ist und ob nicht die Entwicklung zur Sozialität, die sich im Prinzip der "sozialen Gerechtigkeit" zuspitzt, etwas anderes ist als die Gerechtigkeit, die durch Vertragsfreiheit und Eigentum, durch Rechtsgleichheit und Privatautonomie verkörpert ist. Das Problem der Gerechtigkeit der Zivilrechtsdogmatik wird damit seinerseits wieder als bereits geformte Antwort auf eine Frage eingeordnet, die sich nicht im Recht selber, sondern auf der Ebene der Gesellschaft stellt, nämlich "wem wird diese Gerechtigkeit der Zivilrechtsdogmatik gerecht?" und "welche Gerechtigkeit wird jenen "besitzlosen Klassen", die nach Menger im BGB unberücksichtigt blie-

---

1) Vgl. Viehweg, Topik und Zivilistik, S. 99
2) A.a.O. S. 100
3) A.a.O. S. 101

ben, "gerecht?" [1] Der wissenschaftstheoretische Bruch in der Rechtswissenschaft läßt sich an dieser Stelle auf den Begriff bringen, wo die Bruchstellen der herrschenden Zivilrechtswissenschaft als Symptome dafür zu erkennen sind, daß man die Gerechtigkeit bisher von ihrer Form her beurteilt und auf diesem "Terrain" (erfolglos) zu begreifen versucht hat. Der Widerspruch im Begriff vom "sozialen Rechtsstaat" faßt dieses Scheitern zusammen [2]. Demgegenüber ist das Recht als Problem der sozialen Gerechtigkeit zu erfassen, die sich entsprechend dem ursprünglichen Sinn von Sozialität, der Gesellschaftlichkeit, definiert. Gesellschaftlichkeit wird in dieser Bedeutung vom verschwommenen Begriff des Realitätsbezuges, des Wertkonsenses oder der Wohlfahrt zum Objekt wissenschaftlicher Betrachtung historisch-ökonomischer Prozesse. Die zum Verständnis der Symptomatik der Produktion von "Ausnahmen" in der herrschenden Zivilrechtsdogmatik notwendige prinzipielle Kritik, die Produktion einer adäquaten Frage nach der Entwicklung des Rechts, ist eine sozialwissenschaftliche Aufgabe, die jedoch nicht, und dies ist seit Marx wohl das größte Mißverständnis unter den Kritikern des Bürgerlichen Rechts gewesen, die spezifische Aufgabe der Rechtswissenschaft ersetzt oder überflüssig macht. Zwischen der Tausch-Gerechtigkeit und sozialer Ge-

---

1) Vgl. Althusser, Das Kapital lesen I, S. 26 ff. und 32 ff., dessen erkenntnistheoretische Konzeption zur Entwicklung einer Wissenschaft (die "Epistemologie") zu diesen Schriften die Anregung gab: "Warum ist die politische Ökonomie (von Smith und Ricardo) notwendig blind, sowohl gegenüber ihren Produkten wie auch dem Produktionsvorgang selbst? Sie ist blind, weil sie auf ihre alte Frage fixiert ist und ihre neue Antwort ständig auf ihre alte Frage bezieht. ... Das Auftauchen eines solchen neuen kritischen Problems ist nichts anderes als das punktuelle Anzeichen einer möglichen kritischen Transformation, einer latenten Veränderung ... (Dies) ... ist das noch unsichere Anzeichen der möglichen Produktion einer neuen theoretischen Problematik und das einzelne Problem nur eine ihrer symptomatischen Erscheinungsweisen."

2) Vgl. dazu Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, S. 300 ff.

rechtigkeit besteht keine Alternativität, sondern eine enge dialektische Beziehung, bei der die Gerechtigkeit der Zivilrechtsdogmatik, die ihre Antithese in der Willkür der Einzelfallgerechtigkeit produziert, in der sozialen Gerechtigkeit zur dialektischen Einheit von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zu entwickeln ist.

Ebenso wie diese Entwicklung für die Grundprinzipien des Rechts vollzogen werden muß, genauso bedarf es aber auch der Einzelanalyse, welche Rechtsinstitute, Systeme und Methoden als bereichsspezifische Antworten auf das Problem formaler Gerechtigkeit entwickelt wurden und wie sich aus ihnen und ihren korrigierenden Antithesen heraus systematische Ansätze synthetischer Begrifflichkeit entwickelt haben, die der Gesellschaftlichkeit menschlichen Verhaltens gerecht werden.

Dieser zweite notwendige Arbeitsschritt ist unmittelbar rechtswissenschaftliche Arbeit, da Recht, um seine Zielsetzungen in den soziologischen Termini zu beschreiben, staatlich sanktionierte Herrschafts-Ordnung ist und daher einer doppelten Zwecksetzung genügt, bei der sowohl die These, Recht sei allein als Herrschaft zu erklären, wie auch die These, Recht könne allein als Ordnungssystem begriffen werden, an der realen Rechtsordnung vorbeigeht. Wir haben daher die Bruchstellen im Gebäude der Zivilrechtsdogmatik als Symptome auf den Begriff der Gerechtigkeit zu beziehen, diese Gerechtigkeit auf ihre gesellschaftlichen Entstehungsbedingungen und ihre Funktion hin zu untersuchen, die gesellschaftlichen Entwicklungen zu analysieren, die dazu geführt haben, daß sich diese Gerechtigkeit mit der sozialen Gerechtigkeit konfrontiert sieht, um dann wieder auf diese Bruchstellen und ihre Systematik zurückzukommen. Die Kritik von Anspruch und Praxis in der Zivilrechtsprechung und

-lehre muß sich in der prinzipiellen Kritik fortsetzen und in der symptomatischen Kritik zur Ordnungsaufgabe jeder Rechtswissenschaft zurückkehren, um vom Vollstrecker der Sachgesetzlichkeit zur bewußten Rechtsanwendung kommen zu können [1].

I Prinzipielle Kritik der Zivilrechtsdogmatik

Die prinzipielle Kritik der Zivilrechtsdogmatik setzt ein Verständnis des Verhältnisses von Recht und Staat zur Entwicklung der Gesellschaft voraus. Sie abzuleiten sprengt den Rahmen dieser Arbeit, in dem es vor allem darum geht, vom Ergebnis dieser Überlegungen her in einer symptomatischen Kritik der Zivilrechtswissenschaft die Ursachen der aufgetretenen Mißstände zu erfassen und hieraus praktische Konsequenzen in einer konkreten Untersuchung zu ziehen. Für diesen Arbeitsschritt kann im übrigen auf eine Tradition innerhalb der Rechtswissenschaft verwiesen werden, die insbesondere in den Arbeiten von Sinzheimer [2] und Renner [3] ihren Niederschlag findet [4]. Sie geht zurück auf die Kritik an der "bürgerlichen Weltanschauung" [5], bei der die wohl wichtigste Entdeckung darin bestand, daß bereits die Rechtsform, d. h. die Gestaltungsprinzipien des

---

1) Vgl. Althusser, a.a.O. S. 26 ff.

2) Vgl. z. B. Das Weltbild des bürgerlichen Rechts, a.a.O. S. 313 ff.; Der junge Marx und die Soziologie des Rechts, S. 188 (192 ff.)

3) Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion

4) Vgl. ferner für das Privatrecht Fraenkel, Die politische Bedeutung des Arbeitsrechts, in: Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik, S. 247 ff.; Kahn-Freund, Der Funktionswandel des Arbeitsrechts, in: Ramm, a.a.O. S. 211 ff.; F. Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Demokratischer und autoritärer Staat, S. 7 ff. Ausführlich Miaille, une introduction critique au droit, S. 119 ff.; Mückenberger, Legitimation durch Realitätsverleugnung, KJ 71 Heft3; Darstellungen bei Reich, Sozialismus und Zivilrecht, Stoyanovitch, Marxisme et Droit, S. 32 ff.; vgl. auch Däubler, Gesellschaftliche Interessen und Arbeitsrecht, S. 43 ff. sowie die Nachweise Fn. 124

5) Engels/Kautsky, Juristensozialismus, MEW 21 S. 491 f.

bürgerlichen Rechts, die sich aus dem marktmäßigen Warentausch ergeben, die entscheidende Verzerrung der Wirklichkeit darstellt. In seiner Kritik an Hegels Philosophie hat Marx behauptet, "sie steht bei ihm (Hegel, U.R.) auf dem Kopf. Man muß sie umstülpen, um den rationellen Kern in der mystischen Hülle zu entdecken." [1]

Das Eigentum ist danach nicht Ausdruck des an sich und für sich seienden freien Individuums, das sich durch den frei gestalteten Vertrag in die Bindung begeben kann. Für Marx ist es gerade das Eigentum als durch die Entwicklung der Produktionsverhältnisse hervorgebrachte bestimmte Form der Herrschaft von Menschen über Menschen, das diese Individualisierung hervorbringt und die zunehmende Vergesellschaftung der menschlichen Beziehungen in der Rechtssphäre ideologisch verzerrt. In dieser Ideologie erscheint dann für ihn "das wirkliche Subjekt als Resultat, während vom wirklichen Subjekt auszugehen und seine Objektivation zu betrachten ist." [2] Die Verschleierung der Gesellschaftlichkeit allen Handelns und damit der individuellen Notwendigkeit und Abhängigkeit entspringt demzufolge nicht der Phantasie, sondern hat ihre Ursache selber wieder in den ökonomischen Verhältnissen. So heißt es [3]: "Um diese Dinge als Waren aufeinander zu beziehen, müssen die Warenhüter sich zueinander als Personen verhalten, deren Willen in jenen Dingen haust ... Sie müssen sich daher wechselseitig als Privateigentümer anerkennen. Dies Rechtsverhältnis, dessen Form der Vertrag ist, ..., ist ein Willensverhältnis, worin sich das ökonomische Verhältnis spiegelt." "Die fertige Gestalt der ökonomischen Verhältnisse,

---

1) Marx, Kapital Bd. 1 Nachwort zur 2. Aufl. MEW 23, 27
2) Marx, Kritik des Hegelschen Staatsrechts, MEW 1, 224
3) Kapital Bd. 1 (MEW 23, 99)

wie sie sich auf der Oberfläche zeigt, in ihrer realen Existenz und daher auch in den Vorstellungen, worin die Träger und Agenten dieser Verhältnisse sich über dieselben klarzuwerden suchen, sind sehr verschieden von, und in der Tat verkehrt, gegensätzlich zu ihrer innern, wesentlichen, aber verhüllten Kerngestalt und dem ihr entsprechenden Begriff." [1]

In dieser prinzipiellen Kritik sind die Thesen enthalten, daß das Recht durch die gesellschaftlichen Verhältnisse bestimmt ist, die als Einheit von technischer Entwicklung (Industriegesellschaft) und Herrschaft sich historisch entwickeln und damit auch das Recht ständig verändern. Die Kontinuität der Rechtsentwicklung wird ferner dadurch in Frage gestellt, daß der jeweils herrschenden Gesellschaftsordnung eine spezifische Form rechtlicher Ordnung entspricht, die zwar selber im dialektischen Entwicklungspunkt Ausgangspunkt ihrer jeweils nachfolgenden Form ist (vom Statusrecht zum Vertragsrecht zum Teilhabe-Aufgabenrecht) [2], jedoch in der Praxis einer veränderten Gesellschaft zerbrechen muß. Daraus ergibt sich für das heutige Zivilrecht die These, daß es widersprüchlich ist und zumindest zwei Rechtsformen enthält, wobei die dominierende Rechtsform in der Gestalt der Leitprinzipien als herrschende Zivilrechtsdogmatik den Interessen des klassischen Bürgertums zuzuordnen ist.

Diese Beziehung ist nicht nur, wie es in der Literatur eingehend analysiert wurde, ideengeschichtlich fundiert durch die Verbindung der Leitprinzipien des Privatrechts mit der

---

1) Bd. 3 (MEW 25, 219); vgl. auch das Vorwort zur Kritik der Politischen Ökonomie MEW 13, 819

2) vgl. zur Gegenmeinung z. B. Jürgen Schmidt, Privatrecht und Gesellschaftsordnung, Rechtstheorie 1976 S. 33 ff. (63)

"Gedankenwelt der Aufklärung und der Philosophie des deutschen Idealismus." [1] Nicht die Aufnahme der Ideen des Bürgertums ist der prägende Faktor, sondern die strukturelle Verankerung ihrer allgemeinen Interessen im BGB, durch die sich die konkreten Interessen der Erwerbswirtschaft im Gegensatz zu den Interessen der Verbraucher und Arbeitnehmer bruchlos unter das Zivilrechtssystem subsumieren und darin integrieren lassen, bestimmt die Dogmatik und beherrscht die Widersprüchlichkeit gerade des Verbrauchs- und Arbeitsrechts.

Die konkrete Bezugnahme der BGB-Dogmatik auf diese Interessen erfolgt dadurch, daß diejenigen gesellschaftlichen Verhältnisse, in denen innerhalb der Wirtschaft beide Beteiligten eines Tauschprozesses Güter und Dienstleistungen zur Gewinnerzielung austauschen, zum Modell aller sozialen Beziehungen in der Gesellschaft erhoben werden [2]. Regelmäßig wird diese Bezugnahme dadurch vermittelt, daß nicht der materiale Gehalt der allgemeinen und konsenserheischenden Ideale der Demokratie: Freiheit, Gleichheit und Sicherheit, zum Maßstab rechtlicher Bewertung sozialer Beziehungen genommen wird, sondern daß ihre Formen, die sie in den erwerbswirtschaftlichen Prozessen für Kaufleute und Unternehmen annehmen, verallgemeinert werden.

---

1) L. Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, S. 8 m. w. Nachw.; Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft,in,Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, S. 9 ff., betont auch die soziale Auseinandersetzung. Vgl. auch Ebel, Über die rechtsschöpferische Leistung des mittelalterlichen deutschen Bürgertums

2) Nur ausnahmsweise erfolgt diese Bezugnahme unmittelbar in deskriptiven Begriffen wie in § 252 BGB, wo davon ausgegangen wird, daß der Geschädigte einen Gewinn erzielt, d. h. also als Geschäftsmann wirtschaftlich tätig ist; vgl. auch §§ 256, 668, 698, 288, 290, 291 BGB.

Die Freiheit wird hierdurch zur Freiheit der Einzelperson, die sich in der Privatautonomie verwirklicht und das Privateigentum, Erbrecht und den Vermögensschutz voraussetzt [1].

Das Eigentum erscheint fast ausschließlich in der Form des Tauschmittels, dessen sozialer Zweck in seiner Austauschbarkeit gegen Geld erfüllt ist, wogegen seine Konsumfunktion zurücktritt. Dies wirkt sich im Schadensrecht dadurch aus, daß der Geldersatz als allumfassendes Ausgleichsmittel angesehen wird und auch die Naturalrestitution inhaltlich ausfüllt. "Wert"ersatz ist das zentrale Konfliktlösungsangebot des BGB [2], wobei regelmäßig nicht der subjektiv bestimmbare Gebrauchswert gemeint ist.

In der Form der Privatautonomie wird Freiheit allein auf die isolierte Einzelperson bezogen. Ihr "Wille" erfüllt auf der Grundlage privaten Eigentums die Handlungsfreiheit "des Menschen". Da Willensfreiheit ihr Korrelat in der Tauschbereitschaft gewerblicher Eigentümer hat und daher allein von der Gewinnerwartung bestimmt erscheint, wird die Willensfreiheit prinzipiell nur als durch Irrtum und unmittelbare Einwirkung bedroht angesehen. Soziale Zwänge und Konsumbedürfnisse bleiben außerhalb des Willensbegriffs.

Vielleicht die wichtigste Formalisierung der Freiheit findet sich in der Ausgestaltung des vertraglichen Austauschverhältnisses. Entsprechend dem erwerbswirtschaftlichen Prinzip erschöpft sich der Leistungszweck in der unmittelbaren Gegenleistung, auch wenn diese in Geld besteht, da Geld in der Wirtschaftssphäre zum Interesse an sich geworden ist, während es im übrigen nur vermittelnde Funktion hat. Das genetische und funktionelle Synallagma im Recht der Leistungsstö-

1) Vgl. L. Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, S. 8
2) Vgl. §§ 249 S. 1, 250, 251, 818 Abs. 2 BGB

rungen ist dann nur die entsprechend sozial verkürzte Konsequenz der ursprünglichen Reduktion auf Gewinnerzielungsinteressen.

Das Prinzip der Gleichheit wird in der Form prinzipieller Austauschbarkeit der Partner sozialer Beziehungen formal festgeschrieben. Sozial nicht umkehrbare Interessendivergenzen wie Gewinnerzielung und Konsum erscheinen als gleich in den Rollen von Käufer und Verkäufer, Darlehensgeber und Darlehensnehmer etc. Die Interessen beider Seiten werden auf Interessen am Marktwert der Leistungen reduziert und dementsprechend denselben Abwicklungsregeln des Allgemeinen Teils des BGB bzw. des Allgemeinen Schuldrechts unterstellt. Dort wo mit Hilfe der Regeln und Methoden der Zivilrechtsdogmatik Tauschverhältnisse zu beurteilen sind, bei denen beide Parteien um des Gewinns willen austauschen, ist somit die Zivilrechtsdogmatik adäquat, da sie in ihrer Form idealtypisch den Inhalt der gegenseitigen sozialen Interessen widerspiegelt. Sie ist daher in diesem Bereich sozialbezogen, ohne daß dies wegen der Formalisierung des Verhältnisses offenkundig wird.

Dieser soziale Bezug bleibt jedoch auch dann unverändert, wenn Verhältnisse zu bewerten sind, in denen erwerbswirtschaftliche Interessen mit Interessen der individuellen Reproduktion im Arbeits- und Konsumbereich aufeinandertreffen. Dies führt dazu, daß die zuletzt genannten Interessen in erwerbswirtschaftliche Interessen umdefiniert werden und daß ihnen die gleiche Form von Freiheit, Gleichheit und Sicherheit zugeordnet wird, wie im erwerbswirtschaftlichen Bereich. Während in diesen Rechtsverhältnissen somit die Interessen der Wirtschaftsseite sozial adäquat und richtig in der rechtlichen Bewertungsform aufgenommen sind, erscheinen die Interessen und Bedingungen, unter denen der Konsument Art und

Inhalt des Rechtsverhältnisses beurteilt, ausgespart. Stattdessen wird seine Position durch eine Fiktion der Wirklichkeit dargestellt, aus der sich dann in der weiteren Bewertung im Störungsfalle logische Konsequenzen ergeben, die ebensowenig seiner Situation gerecht werden wie es die Fiktion seiner sozialen Position ist. In der rechtlichen Darstellung wird diese Fiktivität des Bewertungsansatzes jedoch kaum deutlich, da durch den Allgemeinheitsanspruch der Zivilrechtsdogmatik Freiheit, Gleichheit und Sicherheit in ihrer besonderen bürgerlichen Form mit Freiheit, Gleichheit und Sicherheit schlechthin identifiziert werden. Die Berücksichtigung sozialer Unterschiede sowie die Berücksichtigung der Konsuminteressen der konkreten Bevölkerung stören dementsprechend diese Systematik. Soziale Sicherheit der Verbraucher erscheint dann rechtlich als Angriff auf die Rechtssicherheit, die Zuordnung kompensatorischer Machtpositionen für Verbraucher erscheint als Verletzung des Gleichheitssatzes und die Herstellung größerer materieller Freiheit für die Mehrzahl der Bevölkerung kann dann als Bedrohung der Vertragsfreiheit angesehen werden. Konsuminteressen sowie die Arbeits- und Lebensbedingungen der Verbraucher sind rechtsdogmatisch daher unbeachtliche Motive und persönliche Risiken, die allenfalls über Treu und Glauben Berücksichtigung finden können.

Dieses "bürgerliche" Recht ist jedoch nicht identisch mit dem geltenden Recht, wie es der marxistischen Rechtstheorie zum Teil zu Recht [1], Marx selber aber wohl zu Unrecht [2] mit den Schlagworten vom Klassenrecht und der Absterbetheorie zugerechnet wird.

---

1) Insbesondere Paschukanis, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, z. B. S. 142

2) Ebenso Sinzheimer, Der junge Marx und die Soziologie des Rechts, a.a.O. S. 192 f.

3) Z. B. Stoyanovitch, Marxisme et Droit, S. 33, 46, 49, 74; differenzierend in der marxistischen Rechtstheorie Reich, Marxistische Rechtstheorie, Recht und Staat Heft 420/421 (1973) S. 4-6

Während Marx noch unterscheiden konnte zwischen dem "bürgerlichen Recht", welches er als idealtypischen Ausdruck einer warentauschenden Gesellschaft analysierte [1], und dem konkreten historischen Recht, das zwar in der bürgerlichen Gesellschaft entscheidend durch die bürgerliche Rechtsform geprägt ist, gleichwohl jedoch bereits Elemente einer gerechteren Ordnung enthalte, die es weiter zu entwickeln gilt [2], haben allerdings in seinem Gefolge viele logische Kategorie und historische Wirklichkeit verwechselt [3]. Weder die vorgestellte Idealform der Rechtsanwendung in den abstrakten Ausführungen der Lehrbücher zum BGB [4] noch das in kritischer Intention rekonstruierte Recht der bürgerlichen Gesellschaft, sondern nur die tatsächliche Rechtsanwendung kann den Schlüssel dafür bieten, auf welche Weise die Widersprüche zwischen juristischer und tatsächlicher Relevanz sozialer Bestimmungen erklärt werden können. Zu fragen ist daher, wie die für die bürgerliche Rechtsform bzw. für die Grundprinzipien der Zivilrechtsdogmatik entscheidenden gesellschaftlichen Verhältnisse sich verändert haben, so daß diese Zivilrechtsdogmatik nicht mehr hinreicht, um der gesellschaftlichen Funktion des Rechts zu entsprechen. Da diese soziale Funktion des Rechts, und dies kann hier nur apo-

---

1) Vgl. Kapitel Bd. I MEW 23, 99; Bd. III MEW 25, 219; in der Einleitung zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie spricht Marx (MEW 1, 388) vom "utopischen Traum" des deutschen Bürgertums.

2) Vgl. Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz, MEW 1, 145; Der Ehescheidungsgesetzentwurf, MEW 1, 149

3) Zum Verhältnis beider in der marxistischen Erkenntnistheorie vgl. Holzkamp, Die historische Methode des wissenschaftlichen Sozialismus und ihre Verkennung durch J. Bischoff, Argument 1974, Heft 84 S. 1 ff.; Haug, Was soll materialistische Erkenntnistheorie, Argument Heft 81 (1973), S. 559

4) Wie z. B. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd., Allg. Teil, 10. Aufl. 1970, § 2

diktisch behauptet werden [1], 1. in der Herstellung von Ordnung und, weil eine solche Ordnung immer nur von den in den bestehenden gesellschaftlichen Verhältnissen Mächtigen durchgesetzt werden kann, 2. in der Festigung bestehender Herrschaft besteht (Herrschafts-Ordnung), sind die Widersprüche in der Rechtsanwendung aus der Veränderung dieser Ordnung einmal durch die Bedingungen des gesellschaftlich-technischen Fortschritts, zum anderen durch die Veränderung der Herrschaftsverhältnisse, unter denen dieser Fortschritt stattfindet, zu verstehen.

In beiden Elementen der gesellschaftlichen Entwicklung läßt sich dabei ein Widerspruch feststellen, der in dialektischer Weise auf die Überwindung grundlegender Systemstrukturen hinwirkt: Dem Bewußtsein von der Individualität des Menschen als Grundbaustein der gesellschaftlichen Ordnung tritt in immer stärkerem Maße eine materielle Vergesellschaftung gegenüber [2]. In dem Weberschen Begriff der Vergesellschaftung [3] wird dabei auf das Verhalten der Menschen zueinan-

---

1) Vgl. dazu M. Weber, Rechtssoziologie, S. 71 f.: Ordnung und Zwang; deutlicher noch bei Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, S. 47, 85, die die Macht bzw. Herrschaft jedoch nur in Bezug auf eine jeweils gegebene Rechtsnorm bestimmen wollen.

2) Der Begriff der Vergesellschaftung entspricht nicht dem Begriff des Art. 15 GG, in dem aus der empirischen Analyse der Entwicklung des Produktionsprozesses mit demselben Begriff eine politische Konsequenz hieraus als rechtlich möglich erklärt wird. Im Begriff "Sozialisation" (frz. socialisation) wird dagegen der hier benutzte Inhalt deutlich, allerdings verkürzt auf die individuelle Entwicklung vom Kind zum Erwachsenen, während mit Nationalisierung (nationalisation/autogestion) der in Art. 15 GG wiedergegebene Begriffsinhalt auszudrücken wäre.

3) Wirtschaft und Gesellschaft, § 9 S. 21 f.: "Vergesellschaftung soll eine soziale Beziehung heißen, wenn und soweit die Einstellung des sozialen Handelns auf rational (wert- oder zweckrational) motiviertem Interessenausgleich oder auf ebenso motivierter Interessenverbindung beruht."

der abgestellt, das allein objektiv danach beurteilt wird, ob die Individualität von Interessen in Bezug auf andere Menschen durchbrochen wird. Dann ist der "frei praktizierte Tausch auf dem Markt" [1] bereits der Prototyp der Vergesellschaftung neben dem Zweck- und Gesinnungsverein.

Gerade aber die Probleme, die der frei praktizierte Tausch in der Wirtschaft (Marktmacht) und entsprechend in der Anwendung des Prinzips der Vertragsfreiheit im Recht aufwirft, zeigen, daß es sich dabei nur um eine bestimmte historische Form der Vergesellschaftung handelt, bei der zwar gegenüber einer selbstversorgenden Hauswirtschaft der Arbeitsteilung Rechnung getragen werden kann, jedoch dies in einer Weise geschieht, daß die Gesellschaftlichkeit des Handelns den Handelnden selber nicht bewußt wird. Unter der Vergesellschaftung sind daher nicht die Verhaltensweisen der Menschen und ihre einzelnen Zwecksetzungen, sondern die Entwicklung der objektiven Bedingungen zu verstehen, die die Menschen dazu bestimmen, sich in ihrem Verhalten immer stärker aufeinander zu beziehen. Diese Bedingungen, die vor allem in der Entwicklung der Produktionsverhältnisse deutlich werden, haben sich dabei in einer Weise verändert, daß der Tauschgedanke, der ja immer noch die individuelle Zurechenbarkeit von Herkunft und Zweckbestimmung der Gegenstände impliziert, sich als immer inadäquatere Form oder Ordnung der Vergesellschaftung erweist. Was Marx [2] mit der Entwicklung der "kooperativen Form des Arbeitsprozesses auf stets wachsender Stufenleiter, der bewußten technischen Anwendung der Wissenschaft, der planmäßigen Ausbeutung der Erde, der Verwandlung der Arbeitsmittel in nur gemeinsam verwendbare Arbeitsmittel, der Ökonomisierung aller Produktionsmittel durch ihren Gebrauch als Pro-

---

1) A.a.O. S. 22
2) Kapitel Bd. 1 MEW 23, 790

duktionsmittel kombinierter gesellschaftlicher Arbeit, der Verschlingung aller Völker in das Netz des Weltmarktes" beschrieb, hat Galbraith [1] mit seiner Schilderung der "Imperative der Technologie" bestätigt [2].

Die objektive Vergesellschaftung von Produktion und Distribution, die zumeist mit dem Begriff der Industriegesellschaft losgelöst von den Herrschaftsbedingungen behandelt wird, macht die gesellschaftliche Planung auch dort erforderlich, wo auf dem Markt rechtlich die Tauschform vorherrscht. Gesellschaftliche Planung tritt dabei in den Formen des Marketing, der Werbung, der Marktabsprache und der Standardisierung von Verträgen, der Vertragsfreiheit und dem auf die Vertragspartner reduzierten vertraglichen Synallagma in einem unversöhnlichen Gegensatz gegenüber. An die Stelle der beiden Vertragsschließenden sind z. B. die Unternehmen und die Verbraucher getreten, wobei das genetische Synallagma nur noch die Form ist, in der es um die gesellschaftliche Aufteilung von Produktions- und Distributionskosten geht [3]. Diese Form industrieller Vergesellschaftung wird

---

1) The New Industrial State, N.Y. 1968 S. 23

2) "application of scientific or other organized knowledge" (S. 24) "the more sophisticated the production process - the farther back the application of knowledge will be carried (25); "increase in capital that is committed to production" (26); "Technology requires specialized manpower" (27); "The inevitable counterpart of specialization is organization" (28); "From the time and the capital that must be committed, the inflexibility of this commitment, the needs of large organization and the problems of market performance under conditions of advanced technology, comes the necessity of planning." (28)

3) Der Economic Analysis of Law-Approach nimmt inzwischen diese Gesellschaftlichkeit der Einzelverhältnisse ernst und analysiert unabhängig von der zivilrechtsdogmatischen Reduktion die gesellschaftlichen Wirkungen einzelvertraglicher Regeln und Gesetze, vgl. Horn, Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts - Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der "Economic Analysis of Law, AcP 176 (1976) 307 ff.; Assmann/Kirchner/Schwarze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts; Posner, Economic Analysis of Law

im einzelnen noch am Beispiel des Konsumentenkredits erklärt werden, wo eine der entscheidendsten Prozesse zur Vergesellschaftung der Geldzirkulation rechtlich zu erfassen ist.

Der frei praktizierte Tausch und seine Entsprechung in der Zivilrechtsdogmatik ist jedoch nicht nur dadurch einem grundsätzlichen Widerspruch ausgesetzt, daß es sich bei ihm um eine durch die Entwicklung der Produktionsverhältnisse überholte Form der Vergesellschaftung handelt. Dieser Widerspruch wird erst dadurch verschärft, daß nur in der Form des frei praktizierten Tausches Freiheit, Gleichheit und Sicherheit als natürliche Bedingungen der Marktwirtschaft erscheinen und den Antagonismus privater Aneignung bei gesellschaftlicher Produktion nicht in Erscheinung treten lassen. Das private Eigentum erweist sich nicht nur als Schranke objektiver Vergesellschaftung [1], sondern ist gleichzeitig die Legitimationsgrundlage dafür, daß ein Teil der Mitglieder der Gesellschaft über die Verwendung des gesellschaftlich Produzierten verfügen können. Dem politischen Prinzip der Vergesellschaftung im Prinzip der Demokratie entspricht in der Wirtschaft somit das Entscheidungsrecht der Eigentümer. Eigentum und Person verschmelzen in der Rechtsperson zur Handlungseinheit, durch die die Herrschaft im Produktionsbereich gesichert wird [2]. Nicht nur die Kleingewerbetreibenden, für die aufgrund der geringen Vergesellschaftung ihrer Produktion der freie Tausch

1) Vgl. hierzu BVerfGE 14, 263 (Feldmühle), in dem das Eigentumsrecht der Minderheitsaktionäre durch den Gesetzgeber im Interesse der Unternehmensentwicklung (der weiteren Vergesellschaftung) zurückstehen muß; ähnlich jetzt im Städtebauförderungsgesetz, wo im Interesse der Vergesellschaftung des Städtebaus das individuelle Eigentum der Stadtplanung zu weichen hat.

2) F. Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, S. 45

und das individuelle Eigentum noch als adäquate Handlungsformen erscheinen, erklären jedoch die Grundlagen des Privatrechts für unumstößlich. Auch diejenigen Vertreter der Großunternehmen, die Markt und Tausch zunehmend durch Absprachen und gesellschaftliche Planung ersetzen müssen, bestehen auf der Anerkennung ihrer Handlungen in einer Form individueller isolierter und freier Verträge.

Allgemeine Geschäftsbedingungen werden dann trotz ihrer äußeren Form von Rechtsnormen als individuelle Willenserklärungen deklariert, auf Kredit verkaufte Waren zum vollständigen Verbrauch gelten immer noch als Volleigentum des Kreditgebers und man plädiert für die Freiheit des Willens, während man Psychologen zur Entwicklung wirksamer Mittel der Suggestivwerbung beschäftigt und staatliche Subventionen bei privater Verantwortung für ihre Verwendung fordert.

Dem stehen auf der anderen Seite jene gegenüber, die von der Bestimmung über den Produktionsprozeß als Arbeitnehmer und Verbraucher weitgehend ausgeschlossen sind. Für sie ist die Vergesellschaftung der Produktion und Distribution unmittelbar fühlbar, wenn sie vorformulierten Bedingungen gegenübertreten, konjunkturbedingt gekündigt werden, die das Gesetz als "sozial gerechtfertigt" (§ 1 KSchG) hinstellt, keine Lehrstellen bereitstehen und unter Berufung auf "wirtschaftliche Notwendigkeit" individuelle Rechte beschnitten werden. Wo sie in der Produktions- und Distributionssphäre ihren Freiheits-, Gleichheits- und Sicherheitsraum vergrößern wollen, wählen sie Formen, die mit den Prinzipien der Kollektivität, Sozialität und Prävention im Widerspruch zur bürgerlich-rechtlichen Form der Vergesell-

schaftung stehen [1]. Dieses gesellschaftliche Handeln wird i
nen durch die sich vergrößernde gesellschaftliche Macht der
Großunternehmen aufgezwungen. Für sie bedeutet das Fest-
halten an der bürgerlichen Form der Vergesellschaftung in
der Produktions- und Distributionssphäre nur die Anerken-
nung der Herrschaft anderer, wie es sich im Direktionsrech
des Arbeitgebers, der Gestaltungsfreiheit der Verkäufer und
ihrem Recht zur Preisgestaltung ('Preisdiktat') ausdrückt.

Wo der politische Druck dieses Teils der Gesellschaft stär-
ker wird, findet die gesellschaftliche Form ihrer Interessen
im Recht Berücksichtigung, wobei je nach der Stärke des
Drucks und der Bedrohung die Berücksichtigung in einer
mehr oder weniger starken Abweichung von der bürgerlichen
Rechtsform erfolgt [2]. Der für die bürgerliche Rechtsform
schwächste Eingriff besteht dabei darin, ohne Einwirkung auf
die Grundverhältnisse mit staatlicher Macht Vergesellschaf-
tungsprozesse der Wirtschaft durch Wettbewerbs- und Anti-
Trust-Gesetze zu bremsen (sog. "marktkonformer Verbrau-
cherschutz"), die nächste Stufe besteht in der Beachtung
sozialer Einzelfallgerechtigkeit, bei der unter Beachtung der
individuellen Form des Vertrages durch Folgenkontrolle die
gesellschaftliche Situation nur insoweit berücksichtigt wird,
wie sie sich in der sozialen Situation des Betroffenen spie-
gelt. ("wohlfahrtsstaatlicher Verbraucherschutz").

In den Formen des Tarifvertrags und des Streiks, ebenso
wie in der Verbandsklage, werden bereits alternative Hand-
lungsformen rechtlich anerkannt, die in den Partizipations-
rechten der betrieblichen und überbetrieblichen Mitbestim-
mung eine weitere Qualität erhalten.

---

1) Vgl. hierzu Reifner/Gorges, a.a.O.; Sinzheimer, Die
Theorie der Rechtsquellen und das Arbeitsrecht (1934),
S. 82 ff.; Kahn-Freund, a.a.O.; Fraenkel, a.a.O.
2) Basso, Die Rolle des Rechts in der Phase des Übergangs
zum Sozialismus, KJ 73, 239 (251)

Die in der traditionellen Zivilrechtsdogmatik repräsentierte Herrschafts-Ordnung ist durch den Prozeß der Vergesellschaftung in zunehmenden objektiven Widerspruch zu ihren Organisationsprinzipien getreten, der politisch noch dadurch verschärft wird, daß die Interessen des Bürgertums durch die Entwicklung der parlamentarischen Demokratie zunehmende Beschränkungen haben hinnehmen müssen, die z. T. die alternativen Formen der Interessen derjenigen repräsentieren, denen eine Vergesellschaftung der Entscheidungsgewalt in der Wirtschaft als Erweiterung der politischen Demokratie zugute käme [1].

Aus diesem doppelten Widerspruch erklärt sich auch das doppelte Problem der Zivilrechtsdogmatik, die "soziale Frage" der Rechtspraxis systematisch zu ordnen. Einbeziehung von Sozialität kann danach lediglich darin bestehen, daß unter Beibehaltung und Neuformulierung privater Herrschaft die Rechtsformen den Interessen dieser Herrschenden unter den Bedingungen fortgeschrittener Vergesellschaftung angepaßt werden, sie kann aber auch bedeuten, daß mit der Anpassung zugleich die Legitimationsfrage privater Herrschaft gestellt wird, die sich dann verschärft, wenn unter den Bedingungen politischer Demokratie durch eine höhere Adäquanz der Zivilrechtsdogmatik zu den zu beurteilenden gesellschaftlichen Verhältnissen der Schleier der Individualität fällt und mit der Zurechnungsfrage im Einzelvertrag auch die politische Entscheidung im Recht deutlich wird.

Von daher ist es unvollständig und einseitig, Prozesse systemverändernder Entwicklungen von neuen Rechtsformen allein dem "Interesse der Monopolisten" zuzuschreiben, wie

---

1) Vgl. Negt, Thesen zur marxistischen Rechtstheorie, KJ 73, 1 (2); Basso, a.a.O. S. 255; vgl. auch Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. 1, 1. Teilband, S. 4

dies etwa F. Neumann für die Wiederentdeckung der Generalklauseln konstatiert hat [1]. Die Generalklauseln bieten nämlich auch die Möglichkeit, adäquatere Rechtsformen aus den bestehenden Rechtsformen zu entwickeln und an die Stelle der "zerstörten Rationalität und Berechenbarkeit des Rechts" [2] eine neue gesellschaftliche Rationalität und Berechenbarkeit zu setzen. Die Entwicklung von Rechtsformen, die den Prozeß der Vergesellschaftung im Anwendungsbereich des Zivilrechts aufnehmen, ist daher zunächst als rein formale Analyse zu verstehen, bei der die Wertentscheidung für den Konflikt, die sich aus dem politischen Inhalt des Rechts ergibt, nicht unmittelbar verändert wird. Durch die Aufbereitung der einzelnen Rechtsformen erscheinen jedoch die Grundprinzipien des Zivilrechts und darüber hinaus der Gesamtrechtsordnung im Grundgesetz in ganz anderer Weise, so daß sich eine formalrechtliche Bewertung in Bezug auf diese Wertentscheidungen geradezu umkehrt, wenn das Rechtsverhältnis von der Fiktion seiner Isolation und Individualität befreit ist. In diesem Rahmen haben sich vor allem die Analysen von gewerkschaftlich orientierten Arbeitsrechtlern bewegt. Sie haben nicht nur alternative Rechtsformen entwickelt, die Gewerkschaften und Arbeiterparteien für ihre politischen Forderungen brauchten, sondern zugleich in der Dogmatik selber eine Dynamik aufgewiesen, die von formaler zu sozialer Gerechtigkeit tendiert, um eigenen Ansprüchen der Wissenschaftlichkeit gerecht werden zu können [3].

---

1) Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der Bürgerlichen Gesellschaft, S. 42; er sieht selber darin auch einen Prozeß der Vergesellschaftung (a.a.O. S. 46)

2) A.a.O. S. 38

3) Vgl. Däubler, Gesellschaftliche Interessen und Arbeitsrecht, S. 49 ff., der m. E. seine eigene Praxis in seiner Theorie alternativer Rechtsanwendung nicht vollständig wiedergibt; Blanke, Funktionswandel des Streiks im Spätkapitalismus - Am Beispiel des Lehrlingsstreiks, S. 67, verkennt in seiner Kritik an Däubler, daß die Bewußtwerdung der Grundla-

Forts. s. S. 82

Gerade wo diese Arbeit der Entwicklung der Rechtsform in einer neuen Dogmatik nicht unternommen wird (dies kann sowohl der aufrichtig an der Wissenschaftlichkeit seiner Analyse interessierte Rechtsdogmatiker wie derjenige sein, der im Blick auf jene Gruppen Rechtsdogmatik betreibt, deren Interessen nur in einer der Vergesellschaftung adäquaten Rechtsform ihren vollständigen Ausdruck finden können), drohen zwei Gefahren, durch die der Fortschritt der bürgerlichen Revolution in der formalen Freiheit, Gleichheit und Rechtssicherheit und der politischen Demokratie im Rechtsstaat gefährdet sind. Die eine vor allem von Franz Neumann [1] beschriebene Gefahr besteht darin, daß mit dem Hinweis auf Phänomene der Vergesellschaftung Richter und Verwaltung unter dem Deckmantel von Sachgesetzlichkeit Politik machen, die unkontrollierbar und unberechenbar auch die noch verbleibenden individuellen Freiheitsräume der einzelnen beschneidet und, wie dies Neumann für die Freirechtsschule konstatierte [2], ungehindert gesellschaftliche Macht durch konkreten Rechtsbefehl auch gegen staatliche Gesetze durchsetzen kann. Die zweite Gefahr be-

---

3) Forts. von S. 81:
gen der Dogmatik in Bezug auf die Formen der Vergesellschaftung durchaus im Interesse eines großen Teils der Juristen liegen kann, deren ideologische Bindung an bestimmte politische Interessen keineswegs nur ihrer politischen Einbindung entspringt, sondern zum großen Teil auch dem Umstand, daß Ordnung sich für sie nur als herrschende Interpretation des bestehenden Rechts denken läßt. Eine ganze Schule von Juristen haben im Gefolge von Radbruch und anderen tatsächlich nach der Verwirklichung von sozialer Gerechtigkeit gestrebt. Die Unmöglichkeit der Entwicklung einer neuen Rechtsdogmatik, die nicht alternativ, sondern in der dialektischen Entwicklung der herrschenden Rechtsdogmatik besteht, nachzuweisen, ohne in seiner Analyse wesentlich darüber hinauszukommen, daß alles letztlich durch die Interessen des Kapitals bestimmt ist, ist "Bilderstürmerei". Vgl. auch ders., Probleme einer Theorie des Arbeitsrechts, KJ 73, 349 ff. und dazu Däubler, a.a.O. S. 37 ff.

1) A a.O. S. 38 ff.; vgl. auch E. Fraenkel, Der Doppelstaat S. 221 ff.

2) Ebenso Rosenbaum, Naturrecht und positives Recht, S. 72 ff., 78

steht darin, daß zwar neue Rechtsformen entwickelt werden, die damit aufgeworfenen Legitimationsprobleme gegenüber den Idealen des bürgerlichen Rechts jedoch gerade dazu benutzt werden, diese Ideale als überholt darzustellen und sie durch Ideale auch im staatlichen Bereich zu ersetzen, die der nunmehr in der Wirtschaft rechtlich sichtbaren Herrschaft entsprechen. Diese Form der Herstellung der Einheit der Rechtsordnung wählte der NS-Staat, der den sozialen Inhalt der bürgerlichen Rechtsdogmatik unter den Bedingungen zunehmender Vergesellschaftung der Produktionssphäre im Führerprinzip als legitim anerkannte und über die Volksgemeinschaft, die sich im Führer und seiner Befehlsgewalt zur unumschränkten Rechtsetzung vergegenständlichte, die offene Nutzung der Vergesellschaftung für bestimmte Interessen möglich machte [1]. Verdeutlichen kann man diese Wege am Beispiel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen: ihrem sozialen Inhalt nach sind sie identisch mit Rechtsnormen. In dieser Form widersprechen sie jedoch ihrer Legitimationsgrundlage, der Privatautonomie. Der traditionelle Versuch ihrer Bewältigung besteht darin, sie weiter als Willenserklärung zu definieren, obwohl sie sich auch äußerlich kaum noch damit identifizieren lassen. Dies garantiert ein (sicherlich unzureichendes) Mindestmaß an formaler Einengung, nämlich insoweit etwa Irrtumsregeln, Auslegung etc. eine Rolle spielen. Erklärt man Allgemeine Geschäftsbedingungen zu einer Rechtsform sui generis, auf

---

1) Ein Vergleich der Herrschaftsform von 1918 bis 1945 zwischen Deutschland und der UdSSR zeigt auf den ersten Blick hier eine gemeinsame, wenn auch aus konträren Motiven hervorgebrachte Auflösung der Rechtsdogmatik, einmal in der Freirechtsschule, zum anderen in der freien Rechtsanwendung (alles 'bürgerliche Recht' wurde per Dekret abgeschafft) unter Paschukanis, später in dem Führerbefehl und im Dekretismus unter Stucka (vgl. Raeke, Dienst am Recht, JW 36, 1 ff.; Stucka, Die revolutionäre Rolle von Recht und Staat, Nachdruck 1969 S. 150: "Je weniger Beharrung desto mehr Dynamik")

die weder die Regeln über die Willenserklärung (sie passen sozial nicht mehr) noch die Regeln über Rechtsnormen (als Rechtsnormen wären sie nichtig), Anwendung finden, so öffnet man damit freirechtlicher Entscheidungsfindung die Tür, so daß nunmehr mit Hilfe von Leerformeln Verwaltungsakte von Richtern in Bezug auf einzelne AGB erlassen werden können, auf der anderen Seite aber die AGB keinen anderen rechtlichen Schranken der Zivilrechtsdogmatik mehr unterliegen als der Einzelfallrechtsprechung. Erklärt man die AGB zu Rechtsnormen und hält sie für legitim, weil die Aufsteller von AGB als Wirtschaftsführer am Wohl der Volksgemeinschaft beteiligt sind, so stellt man damit die Demokratie in Frage und ersetzt die Legitimation der freiwilligen Unterwerfung (Vertragsfreiheit) und der Wahl (Gesetz) durch das Interesse der Volksgemeinschaft.

Der Weg, bei dem der Widerspruch zwischen privater Herrschaft und politischer Demokratie weder verschleiert noch die Demokratie der Sachgesetzlichkeit oder einem höheren Zweck geopfert wird, ginge dahin, Allgemeine Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen anzuerkennen, deren Setzungsbefugnis durch das Eigentumsrecht und die allgemeine Handlungsfreiheit zwar vom Staat auf Private delegiert ist (dies ist wohl trotz der Widersprüchlichkeit des Grundgesetzes nicht zu leugnen), bei denen jedoch der Mangel an demokratischer Legitimation und die fehlende Bestimmtheit der Rechtsetzungsbefugnis dazu zwingt, entweder durch staatliche Gesetze Ordnung (wie es im Ansatz das AGB-Gesetz negativ bestimmt) oder durch Beteiligungsrechte der diesem Recht Unterworfenen diese unkontrollierte private Herrschaft zunehmend dem Postulat sozialer Demokratie zu unterstellen. Mit einer solchen Anerkennung des Widerspruchs zwischen privaten und staatlich gesetzten Rechtsnormen würde auch de lege lata zumindest die volle Anwendbarkeit

der Grundrechte dogmatisch abgesichert sein.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß aus einer prinzipiellen Kritik der Zivilrechtsdogmatik folgt, daß 1. das Zivilrecht als Ordnungssystem einer Gesellschaft durch den Grad der Vergesellschaftung der Produktionsverhältnisse sowie die Form dieser Vergesellschaftung bestimmt ist,
2. die Form des bürgerlichen Rechts, wie sie idealtypisch in der Rechtsdogmatik zum Ausdruck gebracht ist, die spezifische Form der durch das Privateigentum an Produktionsmitteln vermittelten Herrschaft ist,
3. diese Form einen doppelten Widerspruch in sich birgt,
a) zwischen ihrer Beschränkung auf den gleichen und freien Tausch von Individuen und den Erfordernissen gesellschaftlicher Planung, Steuerung und Einbeziehung politischer Faktoren durch eine sich vergesellschaftende Produktion und
b) zwischen dem Allgemeinheitsanspruch einer auf die Interessen einer Minderheit abstellenden Rechtsform und dem politischen Druck von Interessen, die nur als gesellschaftliche Interessen sich entfalten können,
4. das geltende Zivilrecht in dem Maße, wie es durch die traditionelle Rechtsdogmatik nicht mehr erfaßt wird, bereits selber einer mehr oder minder ausgearbeiteten Rechtsform entspricht, die die Prinzipien der Vergesellschaftung wi derspiegelt,
5. die Entwicklung einer Dogmatik dieses bisher notdürftig nach dem Regel-Ausnahme-Schema aus der traditionellen Dogmatik erklärten anderen Zivilrechts notwendig ist, um die Errungenschaften des formalen Rechtsstaates zu erhalten gegen Entrechtlichung (Willkür) oder die Rückkehr zum Befehl und eine Rechtswissenschaft notwendig ist, die
6. dieser mit der traditionellen Dogmatik weiterhin konkurrierenden Dogmatik die Legitimationsfrage privater Herr-

schaft stellt und sie dabei in ein demokratisches Verhältnis zu ihren Grundwerten bringt.

II Die symptomatische Kritik

Bisher hat in der kritischen Rechtstheorie vor allem die prinzipielle Kritik (Paschukanis, Stucka, Mückenberger) oder allein die Kritik am Inhalt des Rechts [1] im Vordergrund gestanden. Beide Ansätze sind jedoch unzureichend. Die Problematik einer Rechtskritik, die unter Beibehaltung der systematisierten und erprobten bürgerlichen Rechtsform versucht, allein durch Veränderung des Inhalts soziale Rechte im Zivilrecht zu verankern und damit private Herrschaft einzuschränken, liegt, wie bereits oben gezeigt wurde, darin, daß das allgemeine Gesetz zugunsten von einzelfallorientierten Ausnahmen durchbrochen werden muß und damit zum einen die Grundlagen privater Herrschaft implizit anerkannt werden und zum anderen den neuen sozialen Interessen nicht das Privileg der Rechtssicherheit gewährt werden kann.

Die Problematik einer allein prinzipiellen Kritik am Zivilrecht besteht darin, daß mit der bestehenden Herrschaft auch die Ordnung mit ihrer Bedeutung für Orientierung und Kalkulierbarkeit von Handlungserfolgen in Frage gestellt wird, ohne daß eine Alternative sichtbar würde. Dabei nützte etwa die Aufforderung von Stucka an die nachrevolutionären Juristen wenig, das neue sozialistische Recht dadurch zu entwickeln, daß sie "vor allem die Formen gesellschaftlicher Verhältnisse untersuchen" [2] sollten, weil Rechtsdogmatik mehr ist als die soziologische Wiedergabe von Wirk-

---

1) So insbesondere Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, S. 71 ff.; ähnlich Lasalle, Das System der erworbenen Rechte, Leipzig 1861

2) A.a.O. S. 171

lichkeit [1]. Rechtsdogmatik ist die an Ordnung "interessierte" Abstraktion von den gesellschaftlichen Verhältnissen, die diese Ordnung unter den bestehenden Herrschaftsverhältnissen zu realisieren sucht. Dieser Aufgabe kann Recht, das für die Beurteilung sehr konkreter Verhältnisse tauglich sein muß und dort selber über die Erfordernisse von Herrschaft und Ordnung hinaus nicht neue Konflikte schaffen will, nur gerecht werden, wenn es neben den grundlegenden Herrschaftsstrukturen auch die nationalen Besonderheiten politischer, ethnischer, kultureller, sprachlicher, geistesgeschichtlicher und religiöser Art inkorporiert. Diese Ordnung als Alternative neu konstruieren zu wollen [2] erforderte, die real existierenden Interaktionen und ihr gesamtes Konfliktpotential verstehen und begrifflich in einem allgemeinen System abstrahieren zu können. Auf der anderen Seite bliebe ein Rechtssystem ungenutzt, das in Millionen von Arbeitsstunden zu einem komplizierten System der Konfliktregelung entwickelt wurde, in der Praxis alle jene konkreten Elemente inkorporierte und sich dabei i. S. der Ordnung über Jahrhunderte bewährt hat, allerdings i. S. einer im Prinzip unsozialen Ordnung. Die für die Aufrechterhaltung von Ordnung bei der Demokratisierung der Gesellschaft entscheidende Frage lautet daher, ob es möglich ist, eine Rechtsdogmatik mit Hilfe des in der traditionellen Rechtsdogmatik gespeicherten Wissen und Erfahrung zu entwickeln, die statt auf das Problem der formalen Gerechtigkeit auf die

---

1) Vgl. Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, S. 50

2) Vgl. dazu Cerami, L'uso alternativo del diritto: prospettive e metodi, Magistratura Democratica aprile 1970 n. 2 S. 27 ff. Kongreßbericht; Däubler, a.a.O. S. 51, postuliert hier nur, "daß die wünschbaren, den Interessen der Lohnabhängigen entsprechenden Rechtsinhalte im Wege gängiger dogmatischer Argumentation begründet werden", was bei ihm scheinbar nur instrumentelle Funktion hat. In Wirklichkeit zeigt jedoch z. B. sein "Grundrecht auf Mitbestimmung" auf, daß die traditionelle Dogmatik durchaus auch die tatsächlichen (und nicht nur vorgeblichen) Bausteine für die Begründung von Arbeitnehmerrechten bereitstellt.

Frage nach der sozialen Gerechtigkeit antwortet und die prinzipielle Kritik aus ihrer scheinbar hoffnungslosen Wahl zwischen Anarchismus und Reformismus befreit.

Die Antwort auf diese Frage liegt darin, daß zwischen der bürgerlichen Rechtsform und derjenigen Ordnung, die die sozialen Verhältnisse in adäquater Weise, d. h. als gesellschaftliche Verhältnisse widerspiegelt, eine unmittelbar systematische Beziehung besteht [1]. Das neue Recht, das sich als eine Vielzahl von Ausnahmen und Abweichungen in Erscheinung bringt, geht aus der alten Rechtsform hervor. Dies geschieht nicht in der Weise, daß es eine eigene, aus sich selbst heraus wirksame Geschichte hätte, die als Entfaltung einer Idee gedacht werden könnte. Recht verändert sich nicht ohne den Anstoß durch die Praxis, in die es regulierend eingreifen soll [2].

Die Gesetzmäßigkeiten zunehmender Vergesellschaftung sowie die Entwicklung der politischen Macht, mit der bisher ignorierte Interessen an Konsum, Arbeit und Lebensqualität zur Geltung gebracht werden, haben ihre Entsprechung in der Rechtswissenschaft und müssen dort erneut entdeckt werden.

---

1) Vgl. hierzu und zum folgenden treffend Basso, Die Rolle des Rechts in der Phase des Übergangs zum Sozialismus, KJ 73, 239

2) Hier liegt m. E. der Fehler bei Althusser, der dieser Entwicklung gedanklicher Produktion eine eigene theoretische Praxis zuweist, die nur "in letzter Instanz" von der Entwicklung der Produktionsverhältnisse in der materiellen Produktion abhängig ist. Er vergißt, daß jede wissenschaftliche Tätigkeit (auch die des Philosophen) neben ihrer Einbettung in System und Begrifflichkeit ihrer Wissenschaft zugleich auch Teil einer gesellschaftlichen Praxis ist, die es steuert, rechtfertigt, kritisiert und durch die sie auch unmittelbar bestimmt ist. Die Rechtswissenschaft ist daher nicht nur in letzter Instanz dadurch bestimmt, daß ihr System den herrschenden gesellschaftlichen Verhältnissen entspricht, sondern auch dadurch, daß sie unmittelbar wirtschaftlichen und politischen Anforderungen zu genügen hat. Ähnlich Haug, Was soll materialistische Erkenntnistheorie, Argument Heft 81 (1973), S. 559 (569 ff.)

Die soziologische Aufgabe bei dieser Entdeckung besteht da bei zum einen darin, die einzelnen Wirkungsbereiche des Rechts auf ihre konkrete Entwicklung im Sinne der beiden Voraussetzungen der Zivilrechtsdogmatik hin zu untersuchen und damit einmal die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit entsprechender Rechtsveränderungen festzustellen sowie die konkreten Ausprägungen dieser Prozesse bereichsspezifisch zu erforschen, zum anderen besteht sie darin, die Adäquanz der Wirklichkeitsverarbeitung bestehender Rechtsformen zu überprüfen. Die juristische Aufgabe besteht darin, Widersprüche in der Rechtsdogmatik aufzudecken, in denen der Übergang eines Rechtsinstituts zu einer neuen Form oder in ein neues Verständnis unter Beibehaltung seiner begrifflichen Form die gesellschaftliche Entwicklung repräsentiert. Diese Widersprüche müssen dabei als Symptome der prinzipiellen Befangenheit der Rechtsdogmatik in gesellschaftlich überholten Denkformen zu einer Kritik der traditionellen Rechtsdogmatik in den einzelnen Rechtsgebieten befähigen (symptomatische Kritik), die von dem Terrain des Verständnisses der "Ausnahmen" zugleich ein neues erweitertes Verständnis der "Regel" miteinschließt.

Der Übergang von der Willenserklärung zum Vertrauensschutz und sozialpflichtigem Verhalten als "dritter Rechtsquelle" [1] führt dann zu ihrem Verständnis als Zurechnungsprinzip, das Ergebnisse systemadäquater gesellschaftlicher Machtprozesse dann mit staatlicher Gewalt sanktioniert, wenn sie sich durch Kommunikationszeichen (Worte, Gesten) in einer feststellbaren Form niedergeschlagen haben. Das Prinzip der Freiwilligkeit erweist sich dann als akzessorisch und neben seiner ideologischen Bedeutung nur dort als brauchbares Arbeitsprinzip, wo Vertragsbindung und sozia-

---

1) Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. 1, 1. Teilband, S. 14

les Interesse nach Inhalt und Form übereinstimmen. Für die Entwicklung des Eigentumsbegriffs können sich in gleicher Weise Tendenzen zeigen lassen, in denen das Eigentum als Sachherrschaft sich nur als besondere historische Form der Sicherung von Kapitalverwertung erweist. Die symptomatische Kritik hat dabei zu unterscheiden zwischen den Symptomen einer Wandlung des Rechtssystems und den technischen Widersprüchen, die die Zivilrechtsdogmatik noch immer aus vorkapitalistischen Epochen (Darlehen als Realvertrag, BGB-Gesellschaft als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis) oder aus echten Gesetzeslücken (und in diesem Sinne handelt es sich bei der Einbeziehung sozialer Wirklichkeit nicht um eine Gesetzeslücke, sondern um eine bewußte Auslassung) und noch nicht verstandenem bürgerlichen Recht (z. B. fehlende Regelung der Schlechterfüllung im Synallagma; Erkennen der Finalstruktur von Rechtshandlungen z. B. im Leistungsbegriff) mit sich herumträgt. Das Unterscheidungsmerkmal liegt dabei darin, daß die auf Tauschprozesse beschränkte Form der Gesellschaftlichkeit der kritisierten Rechtsform erweitert wird. Dies ist schon per se überall dort der Fall, wo die Gesellschaftlichkeit der Handlungen in ihren beiden Formen der Sozialadäquanz (Sachgesetzlichkeit, wirtschaftliche Notwendigkeit, Natur der Sache, Verkehrsinteresse etc.) und der sozialen Rücksicht (Schutz des Schwachen im Recht, Gerechtigkeitskontrolle, "alle billig und gerecht Denkenden", "soziales Verständnis" etc.) als ausdrückliches Motiv der Rechtsveränderung genannt oder gar selber als Rechtsform benutzt wird. In den übrigen Begriffsschöpfungen, die nur in konkreter Gestalt erscheinen und ihre Herkunft aus der traditionellen Zivilrechtsdogmatik behaupten (z. B. Rechtsschein, normativer Schadensbegriff, Durchgriffshaftung etc.), muß eine Übersetzung dieser Begriffe in die Sprache der Wirklichkeitsbeschreibung, d. h. die Erfassung der von diesen Konstruktionen im Unterschied

zu den traditionellen Begriffen aufgenommenen gesellschaftl
chen Dimensionen, über die Art und den Inhalt des Wider-
spruchs Aufschluß geben.

Die Begriffe der traditionellen Dogmatik sind somit als unte
den spezifischen bürgerlichen Herrschaftsbedingungen herau
gebildete Antwort auf eine Frage nach der rechtlichen Ord-
nung der Gesellschaft zu erkennen, die sich erst auf dem
durch die Durchbrechungen dieser Dogmatik erschlossenen
begrifflichen Terrain stellen läßt. In ihrer Differenz zu ihre
Ausnahmen ergibt sich ferner der Aufschluß darüber, ob es
sich um symptomatische oder systematische Widersprüche
handelt.

Die traditionelle Dogmatik ist jedoch zugleich mehr als der
Ausgangspunkt und Begriffsrahmen für die dialektische Ent-
wicklung des Zivilrechts. Sie ist in ihrer Werthierarchie
und ihrem Allgemeinheitsanspruch dieser Werte zugleich auch
normatives Ordnungsziel. Das Besondere der bürgerlichen
Rechtsform gegenüber den durch sie überwundenen Rechtsfor-
men besteht nämlich darin, daß sie ein Programm als Ideen
gefüge entwickelt hat, das zwar materiell auf die Handlungs-
formen der bürgerlichen Gesellschaft des 19. Jahrhunderts
beschränkt war, ideell jedoch darüber hinausweist.

Im Prinzip der austeilenden und ausgleichenden Gerechtigkeit
sind die Prinzipien der sozialen Gerechtigkeit formuliert,
jedoch noch auf fiktive Voraussetzungen bezogen, die mit der
Axiomen von der Freiheit und Gleichheit aller Menschen
vom Standpunkt der sozialen Gerechtigkeit zu der Konsequenz
führen, daß diese Freiheit und Gleichheit erst sozial herzustel
len ist. Ein Recht, das die soziale Ungleichheit und soziale
Unfreiheit ignoriert, dient damit dort, wo diese Bedingungen
bestehen, nicht seinen eigenen Ordnungszielen, sondern der

Unfreiheit und Verfestigung von Ungleichheit, d. h. es ist notwendig ungerecht [1].

Diese allgemeinen Ordnungsziele des bürgerlichen Rechts erscheinen nun in den Ordnungsformen der einzelnen Rechtsgebiete in konkreteren Begriffen. Soweit sie daher denselben Prinzipien formaler Abstraktion und Gleichheit gehorchen, sind diese konkreten Rechtsinstitute somit auch zugleich konkrete Ordnungsziele, die dann, wenn man in ihnen die Bedingungen der Ungleichheit und Unfreiheit zur Geltung bringt (dies erfolgt zwangsläufig, wenn man sie auf die Gesellschaftlichkeit der zugrunde liegenden Handlungen bezieht), in Widerspruch zu ihrer eigenen Formalität treten und damit die konkreten Zielvorstellungen dafür enthalten, welchen Anforderungen die sozialadäquate Rechtsform genügen muß. Neben die Formulierung der sozialen Bedeutung eines Rechtsinstituts hat daher die Analyse seiner konkretisierten normativen Bestimmungen von Freiheit und Gleichheit zu treten, die nunmehr gesellschaftlich zu interpretieren sind.

Die Willenserklärung ist dann nicht mehr nur das Prinzip, Folgen sozialer Herrschaft in der Weise zuzurechnen, daß unter Androhung staatlicher Gewalt die Mechanismen dieser Herrschaft aufrechterhalten werden, sondern zugleich Anspruch, daß die wesentlichen Handlungen sozialer Interaktion unter den Bedingungen sozialer Freiheit (Willensfreiheit) erfolgen können. Das Eigentum ist dann nicht nur als Garantie von Prozessen privater Aneignung, sondern zugleich als Anspruch zu analysieren, die materiellen Bedingungen für die freie Entfaltung der Persönlichkeit zu garantieren. Wird dies sozial verstanden, so ergibt sich daraus die Konsequenz, jene Zuordnungen von Sachen im sozialen Lebensbereich der

---

1) Vgl. Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. 1, Teilband 1, S. 3

einzelnen als Eigentum oder eigentumsähnlich zu schützen, die in der Form von Konsumgütern ihre materielle Existe sichern. Schadensrecht sowie die Regelungen der Leistung störungen sind dann nicht nur als System zu verstehen, in dem trotz Störungen letztlich doch noch die Realisierung d Geldwertes einer Ware oder Leistung ermöglicht wird, son dern in dem der Anspruch auf den Schutz der individuellen Reproduktion für den Fall individuell oder gesellschaftlich steuerbarer Beeinträchtigungen ausgearbeitet ist.

Dort jedoch, wo das Gesetz den Allgemeinheitsanspruch auf gegeben hat und sich unmittelbar an den Interessen bestimm ter Gruppen orientiert, wie z. B. klassisch in § 252 BGB (entgangener Gewinn) [1], kann allenfalls unter einem mater verstandenen Gleichheitspostulat eine Analogie für die auf der Ebene der Gebrauchswerte vergleichbaren Erscheinunge (entgangene Lebensfreude, Entbehrung) gezogen werden. Sel ber sind diese Begriffe jedoch nicht gesellschaftlicher aufzu fassen als die Individualität ihrer zugrunde liegenden Interes sen. Das gleiche gilt für die Schutzgesetze, in denen mit d Einschränkung der formalen Allgemeinheit des bürgerlichen Rechts zugleich aber auch die konkrete Anerkennung der da in geschützten Interessen zum Ausdruck gebracht worden ist So verstellt z. B. das Gesetz über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit seiner expliziten Anerkennung von pauschaliertem Schadensersatz die Möglichkeit, eine solch einseitige Gestaltung des Ausgleichs am Begriff des Schade selber scheitern zu lassen, ebenso wie § 5 AbzG im Name des Verbraucherschutzes definitiv den Eigentumstitel dem S cherungsgeber zuwies und ihm dabei lediglich gewisse Konse quenzen bei der Ausübung seines Herrschaftsrechts zudiktierte. In diesen Fällen, in denen der Interessenwiderspru ch

1) Gewinne sind von vornherein auf erwerbswirtschaftliche Pro zesse bezogen

konkret im Gesetz aufgenommen ist, besteht der soziale Bezug bereits im Wortlaut des Gesetzes, so daß der normative Anspruch sozialer Gerechtigkeit nur aus der ursprünglichen allgemeinen Form abgeleitet werden kann. Zusammenfassend läßt sich sagen:

Die symptomatische Kritik des Zivilrechts ist die konkrete rechtswissenschaftliche Analyse der Entwicklungen der Rechtsform von der beschränkten Gesellschaftlichkeit des Tausches zur umfassenden Widerspiegelung der realen Vergesellschaftungsprozesse. Sie geht davon aus, daß

1. im Zivilrecht bereits eine Rechtsform existiert, die entsprechend dem Entwicklungsstand der Gesellschaft und den darin konkurrierenden Interessen mit der bürgerlichen Rechtsform konkurriert,

2. diese im Regel-Ausnahme-Schema begriffenen Institute die wissenschaftliche Ebene angeben, auf der eine Erklärung der aufgetretenen Widersprüche möglich ist,

3. in den traditionellen Rechtsinstituten die Ideale einer allgemeinen sozialen Rechtsordnung für die einzelnen Konfliktarten und Anwendungsbereiche konkretisiert sind und

4. durch die Einbeziehung und Beachtung ihrer sozialen Voraussetzungen diese Ideale als soziale Ordnungsziele die Entwicklung der Rechtsform vorherbestimmen.

Eine symptomatische Kritik hat daher

1. die dem Recht zugrunde liegenden gesellschaftlichen Bereiche abzugrenzen und ihre Entwicklungsgesetze zu erforschen, um die Grundlage dieser Symptome verstehen zu können,

2. die symptomatischen Widersprüche von den systematisc Widersprüchen durch die Erarbeitung ihrer gesellschaftl chen Bedingungen zu unterscheiden,

3. in den allgemeinen Begriffen des bürgerlichen Rechts di sozialen Ordnungsziele herauszuarbeiten,

4. die neuen Rechtsformen an diesen Idealen zu messen un

5. das System von Ausnahmen dem dogmatischen Rahmen zuzuordnen, in dem die Gesellschaftlichkeit von Handlungen ihren allgemeinen Ausdruck finden kann.

Mit der Anerkennung des dialektischen Widerspruchs zwischen den Idealen der Rechtsdogmatik und der Form, in de nen sie diese Ideale sozial verwirklicht sind, erweisen sich die "Ausnahmen" als Synthese, in der die Einheit der Rechtsordnung überhaupt erst rechtlich gedacht und konstruiert werden kann, wenn die gesellschaftlichen Bedingungen eine solche Einheit zwischen allgemeinem und besonderem Interesse möglich machen.

Mit dieser Analyse der Entwicklungstendenzen und -gesetze der konkreten Zivilrechtsordnung wird auch der Übergang von der anpassenden zur gestaltenden Rechtswissenschaft wieder möglich, da Ordnungsziele und die nach bekannten wissenschaftlichen Gesetzen zu verändernden Rechtsformen eine Bearbeitung herausfordern. Diese Bearbeitung ist zugleich Rechtsanwendung und wissenschaftliche Kritik geltenden Rechts. Sie ermöglicht den Entwurf neuer Rechtsinstitute für die Erfassung auch zukünftiger Formen der Vergesellschaftung sowie gesellschaftlicher Interessen, die um ihren adäquaten Ausdruck im Recht als Legitimationsbedingung für ihren Kampf um Anerkennung ringen.

Eine solche konstruktive Arbeit, die aus der prinzipiellen und symptomatischen Kritik folgt, nenne ich soziale Auslegung, weil es darum geht, die Ideale des bürgerlichen Rechts durch die Entwicklung der Rechtsform in der Weise, sozial zu verwirklichen, daß sie die Gesellschaftlichkeit von Handlungen aufnimmt. Aus dem praktischen Versuch im Recht des Konsumentenkredits sollen dabei im folgenden nur einige vorläufige Punkte abstrahiert werden.

D Die soziale Auslegung

An die Stelle der formalen Auslegung der Verträge und Gesetze muß eine soziale Auslegung treten, die die sozialen und wirtschaftlichen Funktionen rechtsrelevanter sozialer Verhältnisse analysiert und in der rechtlichen Bewertungsform als abgelehnte oder berücksichtigte Interessen zur Geltung bringt, ohne den Anspruch auf Rechtssicherheit aufzugeben.

Die soziale Auslegung bedeutet, die tatsächliche Aussage einer rechtlichen Norm über die konkret zu beurteilende gesellschaftliche Wirklichkeit sichtbar zu machen, indem das in der Zivilrechtsform jeweils verborgene Bild der Wirklichkeit mit den sozialwissenschaftlich erfaßten tatsächlichen Interessen und Bedingungen der Menschen im konkret zu entscheidenden Fall konfrontiert wird. Dabei wird nicht der Gerechtigkeitsgehalt der formalen Abwicklungsregeln des Zivilrechts an sich in Frage gestellt, sondern unter Berücksichtigung seiner gesellschaftlichen Bedingungen durchgeführt [1].

Die soziale Auslegung von vertraglichem und gesetzlichem

---

1) Ehrlich, Grundlegung einer Soziologie des Rechts, S. 193, "Der soziale Gerechtigkeitsgedanke hat dabei den Gerechtigkeitsgedanken des Individualismus nicht aufgehoben, sondern erfüllt."

Recht ist eine Auslegung, die ideologiekritisch die Voraussetzungen der anzuwendenden Norm erarbeitet, ihre tatsächliche Bedeutung hermeneutisch in eine Sprache der Wirklichkeitsbeschreibung übersetzt, sozialwissenschaftlich den zu beurteilenden Konflikt erfaßt und seine Strukturen zum material verstandenen Anspruch der Norm vermittelt. Sie ersetzt dabei nicht die formalen Auslegungsmethoden, wie die grammatische, logische bzw. systematische, historische und teleologische Interpretation, sondern setzt diese voraus, weil die Ermittlung des sozialen Sinns einer Norm sich aus der dialektischen Entwicklung ihres systematisch und exakt erfaßten formalen Inhalts ergibt. Die soziale Auslegung einer einzelnen Norm kann dabei nur auf der Grundlage des Verständnisses des sozialen Inhalts übergeordneter Rechtsprinzipien und allgemeiner Normen erfolgen.

Die Zivilrechtskritik hat dabei schon insbesondere in der Kritik der "Vertragsfreiheit", aber auch der Methodenkritik und begrifflichen Kritik wichtige Ergebnisse geliefert, die aufgenommen werden müssen.

Als ein solch allgemeiner sozialer Inhalt der Leitprinzipien des BGB kann hier behauptet werden, daß die Zivilrechtsdogmatik individualistisch, isolierend, tauschwert- und gewinnbezogen, egoistischen Prinzipien verhaftet und statisch ist [1]. Diesen "Sozialidealen" der Zivilrechtsdogmatik sind die Prinzipien gegenüberzustellen, die sich aus der Analyse der Prozesse der Vergesellschaftung ergeben.

Dem Prinzip des Individualismus steht dann das Prinzip

---

1) Vgl. Sinzheimer, Das Weltbild des bürgerlichen Rechts, S. 313 ff.; Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. 1, Allg. Teil, Teilbd. 1, S. 3 ff.; L. Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, S. 8, 17; S. Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, S. 57; Ehrlich, a.a.O. S. 84, 190

der Kollektivität gegenüber, der Isolation die Gesellschaftlichkeit, der Tauschwert- und Gewinnbezogenheit das Interesse am Gebrauchswert und Nutzen, dem Egoismus die Solidarität und der Statik ist das Verständnis historischer Entwicklung und gesellschaftlichen Fortschritts entgegenzusetzen [1].

Die Analyse ihres rechtlichen Ausdrucks hat dabei weder den Sinn der Kritik der herrschenden Zivilrechtsdogmatik um ihrer selbst willen noch die Funktion, eine alternative Zivilrechtsordnung den herrschenden dogmatischen Gebäuden gegenüberzustellen.

Es geht darum zu untersuchen, welche Rechtsinstitute die Zivilrechtswissenschaft im Hinblick auf die sozialen und politischen Veränderungen hervorgebracht hat, um diese alternativen Prinzipien zu berücksichtigen. Diese Rechtsformen sind weiterzuentwickeln, so daß die Techniken einer hochentwickelten Wissenschaft für diese ihr neuen sozialen Interessen nicht ungenutzt bleiben, andererseits aber von ihrem formalen Selbständigkeitsanspruch gelöst werden. Solche Rechtsformen sind dabei insbesondere im Arbeits- und Mietrecht zu finden, in denen sich organisierte soziale Interessen in Rechtsprechung und Gesetz in einer Weise durchgesetzt haben, daß sie auch in der Dogmatik berücksichtigt werden mußten.

Neben diesen Rechtsgebieten sind ferner diejenigen Entwicklungen der Rechtsprechung und Lehre heranzuziehen und auf ihre Verallgemeinerungsfähigkeit hin zu untersuchen, bei denen erwerbswirtschaftliche Interessen in Krisensituationen (z. B. Aufwertungsrechtsprechung) oder bei einer Markt-

---

1) Miaille, Une Introduction Critique Au Droit, S. 328 ff.

veränderung(z. B. Kontrahierungszwang) dazu geführt hab daß die Leitprinzipien des BGB entsprechend dem Grad de Vergesellschaftung von Produktion und Distribution sozialad äquat ergänzt oder verändert worden sind. Folgende Beispiele solcher Rechtsinstitute und -methoden sollen dies andeuten: Der Wegfall der Geschäftsgrundlage als Beispiel sozialer Interpretation, bei der in der Rechtsprechung zum Inflationsverlust sogar die soziale Funktion "Versorgung" einbezogen wurde, die arbeitsrechtliche Sphärentheorie als Ausdruck von Kollektivität und Solidarität, die "wirtschaftliche Einheit" als rechtliche Ausprägung der Gesellschaftlichkeit im Abzahlungsrecht, der Kündigungsschutz im Arbeits- und Wohnraummietrecht als Ausdruck gebrauchswert- und arbeitsorientierter Interessen, Anscheinsvollmacht, Zurechnungslehre und faktischer Vertrag als gesellschaftliche Aspekte der Willenstheorie, Anwartschaftsrecht als sozialfunktionale Aufspaltung des Eigentums etc. [1].

Um die Bedeutung dieser Rechtsinstitute zu erfassen, ist eine historische Erarbeitung des gesellschaftlichen wie des rechtshistorischen Kontextes der Rechtsinstitute und Methoden erforderlich. Die Entwicklungsgesetze der Gesellschaft sind dabei in ihrer juristischen Entsprechung aufzufinden, um aus der praxisgeleiteten Rechtstechnik eine praxisleitende Wissenschaft werden zu lassen. Darüber hinaus soll mit Hilfe dieser Methode der gesellschaftliche Interessenwiderspruch in der Konsum- und Arbeitssphäre bewußt gemacht und versucht werden, in der unübersehbaren Zahl von Ausnahmeregelungen des Gesetzgebers und der Rechtsprechung allgemeine Strukturen alternativer Interessen und Prinzipien zu erkennen, um mit dem Allgemeinheitsanspruch Rechtssicherheit, die nicht im Gegensatz zu sozialer Sicherheit steht, Freiheit, die nicht die soziale Emanzipation

1) Im einzelnen dazu noch unten 3. Teil

unterdrückt und Gleichheit, die nicht mehr soziale Ungleichheit verdeckt, zu ermöglichen.

Schließlich soll dieses methodische Bekenntnis zur sozialen Relevanz juristischer Arbeit dazu beitragen, die Fülle der formalen Auslegungsmethoden auf ihr eigentliches Feld der Gesetzesinterpretation im formalen Sinne zu verweisen, indem sie die in ihnen enthaltenen Elemente sozialer Bezugnahme insbesondere bei der teleologischen Auslegung bewußt macht und zusammenfaßt. Der Anspruch, auch im Zivilrecht mehr soziale Gerechtigkeit zu verwirklichen, wird dadurch aufgenommen, daß diese Form der Auslegung die einseitige Parteinahme des BGB zugunsten erwerbswirtschaftlicher Interessen aufdeckt und Möglichkeiten verstärkter Berücksichtigung von Verbraucherinteressen entwickeln hilft.

Ansatzpunkt bleibt dabei das einzelne Schuldverhältnis und das Eigentum. In seinen Ordnungselementen wie Willenserklärung, Leistung, Anspruch, Sc den, vertreten müssen und Verschulden bzw. Eigentum, absolutes Recht, Anwartschaft und Sicherungseigentum ist die Gesellschaftlichkeit rechtsrelevanter Handlungen zur Geltung zu bringen, da sonst eine soziale Auslegung nicht über eine Einzelfallkorrektur hinauskommt. Hier haben insbesonder die neueren Erkenntnisse in der Dogmatik über die Zweckorientierung der Regeln der ausgleichenden Gerechtigkeit [1] und die Funktionalität des Eigentums und der Eigentumsderivate [2] die entscheidenden formalen Anknüpfungspunkte für eine soziale Zivilrechtsinterpretation gewiesen. Während sich in der formalen Zweck- und Funktionsanalyse jedoch wirtschaftlich nur der Zweck des "do ut des", d. h. das er-

1) Vgl. hierzu Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis
2) Vgl. L. Raiser, Funktionsteilung des Eigentums, Festgabe Sontis, S. 177 ff.

werbswirtschaftliche Prinzip und die Funktion der Erhaltung der vollen Verwertungsmöglichkeit des Eigentums im erwerbswirtschaftlichen Prozeß spiegelt, ist in den oben bezeichneten Grundbegriffen der vollständige soziale Zweck bzw. die vollständige soziale Funktion der rechtlich relevanten Handlungen zur Geltung zu bringen. In den Bereichen der Konsum- und Arbeitssphäre hat die Rechtsform daher zwei widersprüchliche Zwecke und Funktionen zu reflektieren, nämlich neben der Gewinnerzielung die Zwecke und Funktionen der individuellen Reproduktion und der Selbstverwirklichung in der Arbeit. Dann ist dem freien Willen die gesellschaftliche Bestimmtheit von Bedürfnisartikulationen in den Vertragszwecken gegenüberzustellen, dem Gegenseitigkeitsprinzip widerspricht dann die Mittelbarkeit der Tauschgeschäfte im übergeordneten Arbeits- und Konsumtionsprozeß, dem Investitionseigentum tritt dann das Konsumeigentum gegenüber.

Der historische Gesetzgeber hat das BGB von diesen Zweckbestimmungen weitgehend freigehalten und damit das Bild der Einheit von Zweck und Funktion der Rechtsinstitute in antagonistischen Prozessen vorspiegeln können. Dort, wo das formale Recht in unmittelbar materielle Gewalt übergeht, im Zwangsvollstreckungsrecht, finden sich jedoch inzwischen Rechtsinstitute, in denen diese Zwecke berücksichtigt sind und damit faktisch die Durchsetzbarkeit des rein formalen Rechts eingeschränkt ist.

Der Grundsatz "Geld hat man zu haben", durch den die Geldschuld von ihrem konkreten Substrat im Einkommen des Verbrauchers gelöst wird, wurde dort de facto eingeschränkt, wo 559,- DM des Einkommens bei Alleinstehenden für unpfändbar erklärt werden (§ 850 c ZPO) und die konkrete Funktion von Vermögensbeständen des Schuldners für

die individuelle Reproduktion ihre Pfändbarkeit ausschließen (§ 811 ZPO). Das Arbeitseinkommen wird in seine einzelnen Bestandteile bezüglich seiner Funktion für die individuelle Reproduktion (§ 850 c Abs. 1 ZPO), für die Versorgung der Familie (§ 850 c Abs. 2 ZPO), zur Begleichung von Steuern und der Sozialversicherungsbeiträge (§ 850 e Nr. 1 ZPO), zur Unterhaltung von Wohnräumen (§ 851 b ZPO) zerlegt und so teilweise der formalen Vertragsfreiheit der Gläubiger entzogen. Diese auf die Zwangsvollstreckung beschränkte verspätete Folgenkontrolle eines unsozialen Rechts läßt die materiellen Voraussetzungen der Schuld rechtstechnisch unberührt und gibt nur insoweit wohlfahrtsstaatlichen Schutz, als der Schuldner nicht zur "freiwilligen" Zahlung aus seinen unabdingbaren Subsistenzmitteln gedrängt werden kann.

In der einzelfallorientierten Folgenkontrolle der Rechtsprechung mit Hilfe der Generalklauseln werden dagegen die Härten, die eine einseitige Zivilrechtsdogmatik hervorgebracht hat, zwar immer noch nach dem Vollzug der formalen Gerechtigkeit in der dogmatischen Anwendung des Gesetzes gemildert. Gleichwohl ist hier ein dritter sozialfunktionaler Rechtsbereich zwischen Privatrecht und Zwangsvollstreckungsrecht getreten, der mehr öffentlich-rechtlichen Prinzipien als der Privatautonomie gehorcht.

Die Ausgestaltung des Wohnraummietrechts, wo z. B. die Gesundheitsgefährdung (§ 544 BGB) als negatives Zweckelement die soziale Funktion des Wohnens ebenso widergibt, wie die Berücksichtigung des Umstandes, ob eine Wohnraumkündigung "für den Mieter und seine Familie eine Härte" (§ 556 a BGB) bedeuten würde, sowie die Regeln des Arbeitsrechts, in denen die soziale Bedeutung der Arbeit für die Arbeitnehmer immer stärkere Berücksichtigung findet (der Versorgungscharakter des Einkommens § 616 BGB; der "menschliche Charakter" des

Tauschobjektes Arbeitskraft MSchG; SchwBG; § 618 BGB etc. werden auch schon von entsprechenden Ansätzen in der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik begleitet. Der soziale Zweck der individuellen Reproduktion der Arbeitskraft im Urlaub und damit auch im Reiseveranstaltervertrag wurde bereits höchstrichterlich anerkannt.

Der "Versorgungscharakter" einer Betriebsrente war in weiteren Urteilen entscheidungserheblich.

Die Anerkennung einer "Versorgungscausa" [1] in dem ansonsten streng formalen Bereicherungsrecht deutet darauf hin, daß die rechtliche Berücksichtigung weiterer sozialer Handlungszwecke und -funktionen zu einer prinzipiellen dogmatischen Fragestellung des sozialen Zwecks im Recht führen muß. Nicht die soziale Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, sondern der rechtliche Ausdruck sozialer Zwecke und Funktionen der zu bewertenden Handlungen ist hiermit angesprochen.

Die soziale Auslegung erfordert die Einbeziehung aller sozialen Zwecksetzungen (unter Einschluß der verfassungsrechtlich anerkannten Zwecke der Gewinnerzielung) in das Schuldverhältnis, soweit sie nicht zufällig, sondern sozialer Gesetzmäßigkeit unterliegen. Sind es aber notwendige Zwecke wie die individuelle Reproduktion, Arbeit, Kommunikation usw., so sind sie auch dort zur Geltung zu bringen, wo sie im Gesetz "vergessen" oder vertraglich hinwegdefiniert wurden.

Den Unternehmen wird damit die Macht abgesprochen, die Wirklichkeit in ihrem Sinne umzudefinieren, um auf der Rechtsfolgeseite dann zu behaupten, sie verlangten nur "gleic

---

1) Lorenz, Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen, JuS 68, 441 (444)

gestellt zu werden. Vertragsfreiheit kann sich nicht auf die Darstellung der Wirklichkeit beziehen, sondern nur auf die Gestaltung der Rechtsfolgen, die bei einer bestimmten Veränderung der Wirklichkeit eintreten sollen, soweit dies die Gesetze erlauben. Die juristische Umdefinition von Wirklichkeit ist die entscheidende Bedingung dafür, daß Gleichheit in eine Antithese zur Gerechtigkeit gesetzt wird und als "förmliches Grundgesetz jeder Rechtsordnung" als "Rechtsidee selbst", die "für menschliche Rechtsetzung schlechthin undurchbrechbar" [1] ist, jeder sozialen Forderung außer der Forderung nach Anerkennung des Eigentums entgegengehalten werden kann.

Soweit der Gesetzgeber die rechtliche Tatsachenfiktion ver-

---

1) BGHZ 11 Anh. 64

wendet [1], sind sie als Schwächen rechtlicher Gestaltung v den gesetzesausführenden und auslegenden Organen zu akze tieren. Dies gilt jedoch nicht für die rechtsgeschäftlichen Fiktionen über die Wirklichkeit, wie sie in den Formularverträgen und allgemeinen Geschäftsbedingungen festgelegt sind. Esser [2] hat im Grunde die prinzipielle Fiktivität fo maler Gestaltungsmacht schon in seiner zutreffenden Kritik von Erscheinungen "gesetzlicher Fiktionen" charakterisiert, wenn er die Rechtsfiktion als Symptom der "äußerlichen Aufrechterhaltung und tatsächlichen Durchbrechung unhaltbarer Obersätze" [3] erkannte. Er erklärte nicht nur die Funktion einzelner Phänomene des Zivilrechts, sondern die Funktion des ganzen Rechtsgebäudes, das sich auf den Fiktionen der Vertragsfreiheit, Interessengleichheit und Gleichheit der Rechtspersonen aufbaut, als er schrieb: "Die Fiktion ist wohl nicht das stärkste, aber das klassische, sozusagen legalste Mittel, um die für die Anerkennung und die Überzeugung von der Verbindlichkeit der Gesetze mitunter wesentliche Überredungskraft da zu ersetzen, wo sie mangels Verbindung mit den sonst diese Kraft ausstrahlenden Grundideen und -gesetzen fehlen. ... sie besitzt die Gabe, Härten, Widersprüche und unerfreuliche Eingriffe in einem harmloseren Licht erscheinen zu lassen - ..." [4] [5]. Es kann somit zulässig sein, die Ausübung von Mängelrechten abzubedingen, nicht jedoch, eine mangelhafte Ware oder Wohnung als mangelfrei zu definieren; der Ausschluß von Schadensersatz kann vertraglich vereinbart werden, nicht jedoch die Fiktion, daß kein Schaden vorliegt, ebensowenig wie im umgekehrten Fall des pauschalierten Schadensersat-

---

1) Wie früher in § 1589 Abs. 2 BGB zum Verhältnis von Vater und unehelichem Kind
2) Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, S. 83
3) A.a.O.
4) A.a.O. S. 206/207
5) Wie grundlegend die schon 1935 von ihm geforderte entspre chende Rechtsreform sein müsse, scheint Esser inzwische zu erkennen. Dazu Vorverständnis und Methodenwahl, z. B S. 55, 195

zes ein Schaden in einem bestimmten Ausmaß fingiert werden darf.

Dabei wird die zivilrechtliche Tatsachenfiktion der Willenserklärung als Ausdruck eines frei betätigten bewußten und informierten realpsychologischen Vorgangs aufgegeben. [1)]

Der Sinn einer Handlung ergibt sich nicht allein aus dem Erklärungswert von Worten, die von anderen formuliert dem Verbraucher lediglich zugerechnet werden, sondern aus dem gesellschaftlich überhaupt möglichen Sinn der entsprechenden Interaktion. Damit wird auch für die Willenserklärung im Grunde nur das festgelegt, was sich in der Rechtsprechung und Lehre bereits seit langem in vielen Einzelfällen angedeutet hat. Schon lange hat man es aufgegeben, den Inhalt juristisch formulierter, dem Laien unverständlicher AGB als realpsychologisch abgegebene Willenserklärung des Konsumenten, der den Vertrag unterschrieb, anzusehen [2)].

Die im Gesetz festgelegten Auslegungsregeln sind dabei von ihrem Wortlaut her geeignet, eine solche sinnverstehende Vertragsinterpretation zu stützen, da sie insgesamt durch die Prinzipien von "Treu und Glauben", "Sittenwidrigkeit" und dem "wirklichen Willen" über den Wortlaut einer realpsychologisch abgegebenen Willenserklärung hinausweisen [3)]. Nach § 157 BGB sind Verträge danach in Übereinstimmung mit dem sozialen Sinn der durch sie vermittelten gesellschaftlichen Interaktion zu interpretieren. Der wirkliche Wille ist

---

1) Vgl. Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 89 ff.; ders., Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, S. 32: "Willensdogma, sofern man es auf einen Willen im psychologischen Sinne bezieht, eine arge Fiktion darstellt."

2) BGH LM Nr. 9 zu § 164; Nr. 10 u. Nr. 14 zu § 167 BGB

3) Ähnlich Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. 1, Teilband 1, S. 6, 38, 239; dagegen Jürgen Schmidt, Ein 'soziales Obligationsmodell' im Schuldrecht? Gedanken zur Neuauflage des Esserschen Lehrbuches, AcP 176, 381 ff. (382 ff.)

gemäß § 133 BGB nicht mehr allein aus der Vertragsurk
zu entnehmen, sondern kann sich entsprechend einem Ver
ständnis des sozialen Inhaltes der Leistungspflicht auch a
der Werbung, vereinbarten Sicherheiten und sonstigen Be
stimmungen und Erklärungen ergeben [1]. Die Einbeziehun
der Gesellschaftlichkeit von Handlungen und damit die Er
weiterung des Zivilrechts um die Interessen in der Gesell
schaft, die sich nicht dem "do ut des" unterordnen lassen
ist nicht nur ein Gebot der Wissenschaftlichkeit der Juris
prudenz, sondern auch durch die Veränderung der normati
ven Vorgaben der Dogmatik durch den Verfassungsgeber g
boten.

Nach Art. 123 GG gilt das BGB nach Erlaß des Grundges
zes als dem absolut vorrangigen Gesetz nur fort, "soweit
es dem Grundgesetze nicht widerspricht." Damit ist klarg
legt, daß das noch unter den Bedingungen einer unum-
schränkten Herrschaft von Großgrundbesitz, Besitzbürgert
und Adel ohne Mitsprache der arbeitenden Bevölkerung ge
schaffene Bürgerliche Gesetzbuch weitere Gültigkeit nach
Verkündung des Grundgesetzes nur beanspruchen kann, we
es in verfassungskonformer Auslegung den darin enthaltene
Geboten einer sozialen Demokratie Rechnung trägt [2]. Die
Verfassung hat in der von le Blanc geprägten Formel des
demokratischen und sozialen Rechtsstaats der wachsenden
Erkenntnis Rechnung getragen, daß formale Freiheitsrechte
ihre materielle Wirkung nicht entfalten können, wenn die
Mehrzahl der Bürger aufgrund ihrer ökonomischen Situation
sich dieser Freiheiten nicht bedienen können [3]. Im Sozial
staatsprinzip, das als unmittelbar geltendes Recht [4] Be-

1) So bereits OLG Köln NJW 72, 162
2) Ramm, Einführung in das Privatrecht, Allgemeiner Teil des BGB, Bd. II, G 450
3) Vgl. Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Festschrift Bergstraesser S. 279 ff.
4) BVerfGE 1, 105; 3, 381; 6, 41

standteil der verfassungsmäßigen Ordnung ist [1], hat der Verfassungsgeber in bewußter Abkehr vom bürgerlich-liberalen Rechtsstaat [2] die Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit zur Aufgabe unserer Rechtsordnung gemacht [3]. Die bürgerlichen Freiheiten bedeuten unter dem Sozialstaatspostulat nicht mehr die Freiheit vom staatlichen Eingreifen allein, was sich ohnehin nur aus der Situation eines bürgerfeindlichen Feudalstaates erklären ließ, sondern "Freiheit unter dem Sozialstaat heißt vielmehr sozial gesicherte Freiheit und damit auch sozial verantwortliche Freiheit." [4] Dabei ist das Verständnis der einzelnen Elemente des Sozialstaatsgebotes nur im Zusammenhang der Zuständigkeitsregeln des Grundgesetzes zu sehen, die nicht nur formale, sondern auch materiell verdeutlichende Funktion hatten [5]. Dies gilt insbesondere auch für Art. 74 Ziff. 16 GG ("Mißbrauch wirtschaftlicher Macht") [6], dem verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt des Verbraucherschutzes. Indem sein Anwendungsbereich im wesentlichen auf Mißbrauchsabwehr in der Konkurrenz (GWB, UWG) reduziert wurde, bei dem als Maßstab des Geschäftsverhaltens nur die Geschäftswelt selber dient [7], wurde verdrängt, daß es sich dabei ohne inhaltliche Änderung um u. a. die Formalisierung

---

1) BVerfGE 6, 72
2) Maunz/Dürig/Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 Rdn. 49; v. Münch, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Rdn. 17
3) Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1974, BT-Drucks. 7/2423, Nr. 272, 7. Wahlperiode
4) Materialien zum Bericht zur Lage der Nation, a.a.O. Nr. 274; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 87: "Für den Arbeitslosen ist Berufsfreiheit nutzlos. Lernfreiheit und freie Wahl der Ausbildungsstätte helfen nur demjenigen, der finanziell in der Lage ist, die gewünschte Ausbildung zu absolvieren ... Die Garantie des Eigentums hat nur für Eigentümer, die Freiheit der Wohnung nur für diejenigen reale Bedeutung, die eine Wohnung besitzen."
5) Hartwich, Sozialstaatspostulat, S. 45; ebenso der spätere Bundespräsident Heuss nach Hartwich, a.a.O. S. 46; vgl. auch S. 49
6) Maunz/Dürig/Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 74 Rdn. 93 u. Art. 70 Rdn. 2
7) "normaler Wettbewerb", a.a.O.

von Art. 36 Ziff. 23 Fassung b des Herrenchiemsee-Entwu
handelte, der "Eingriffe in die Wirtschaft ... zum Schutze
des Verbrauchers" der Bundeskompetenz zuwies [1]. Die Ve
tragsfreiheit und ihre dogmatische Ausgestaltung im BGB unt
liegt daher ebenso wie die staatliche Verwaltung dem Prinzi
der Materialisierung von Grundrechten, da sie ihre Legitim
tion nicht aus sich selbst, sondern aus Art. 2 GG ableitet
daher den Bestimmungen der verfassungsmäßigen Ordnung u
damit auch dem Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1
2. Hs., 74 Ziff. 16 GG unterliegt [2]. Daher beanspruchen d
verfassungsrechtlichen Grundanschauungen gerade dort, wo
im Gegensatz zum formal-liberalen Grundverständnis des B
stehen, auch im Privatrecht absolute Gültigkeit und zwingen
die dritte Gewalt, diese Wertvorstellungen nicht nur in ihre
Ergebnissen, sondern vor allem in der Methode ihrer Inter
pretation der Gesetze und Verträge bei der Rechtsfindung z
berücksichtigen [3]. Auch verfassungsrechtlich ergibt sich so
mit das Postulat einer sozialen Auslegung. Eine Arbeitsdefi
nition dieser Auslegung könnte folgendermaßen lauten:

> Soziale Auslegung bedeutet die Widerspiegelung der wesentlichen auch widersprüchlichen sozialen Zwecke und Funktionen rechtsrelevanter Handlungen in Rechtsgeschäft und Gesetz durch ein materiales Verständnis der formalen Abstraktionen und Gerechtigkeitsziele des bürgerlichen Rechts.

---

1) Hartwich, a.a.O. S. 42

2) Die Vertragsfreiheit ist vom Grundgesetz her nicht als solche konzipiert, sondern genießt als Erscheinungsform der allgemeinen Handlungsfreiheit nur Schutz, soweit sie auch heute noch dem Verfassungsziel der freien Entfaltung der Persönlichkeit dient." L. Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 58, 1 (6)

3) Ausdrückl. BVerfG NJW 73, 1221 (1223); BVerfG 7, 198 "Lüth-Urteil"; BVerfG 8, 274 (329)

E Aufbau der Untersuchung

Durch prinzipielle und symptomatische Kritik waren auch die Arbeitsschritte zur sozialen Auslegung von Vertrag und Gesetz im Bereich des Konsumentenkredits bestimmt.

Nachdem in einigen Vorstudien die Probleme des Abzahlungsrechtes erarbeitet worden waren, führte die Analyse ihres sozialen Bezugsfeldes dazu, daß anstelle des Abzahlungsrechts nur der Konsumentenkredit insgesamt strukturelle Aussagen über die wirtschaftlichen Grundlagen zuließ. Die Untersuchung der allgemeinen Strukturen und Interessen im Konsumentenkredit wurde damit zur ersten Voraussetzung der juristischen Arbeit [1].

Der zweite Arbeitsschritt bezog sich auf die Rechtsentwicklung im Anwendungsbereich "Konsumentenkredit", wobei deren soziale, politische und wirtschaftliche Faktoren zu erforschen waren. Anhand einer umfassenden Bestandsaufnahme zur heutigen Situation im Konsumentenkredit, die gemeinsam mit Rolf Uesseler und Ewald Weitz an anderer Stelle publiziert ist [2], wurden die wesentlichen sozialen Probleme dieses Bereichs erarbeitet. Auf diese Arbeit wird im einzelnen verwiesen.

Nach der historischen, empirischen und strukturellen Erfassung des Konsumentenkredits wurden beschränkt auf den Ratenkredit die wesentlichen sozialen Probleme des Verbrauchers in diesem Verhältnis erarbeitet. Auf dieser Stufe mußte die Justiz nicht nur als Konfliktlösungsinstitution, sondern auch als problemschaffendes Instrument berücksichtigt werden. Jeweils zu diesen sozialen Problemen wurden dann die zivilrechtlichen

---

1) Aus Platzgründen wird dieser Arbeitsschritt nur stark verkürzt in die Untersuchung übernommen.

2) Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen zum Verbraucherschutz im Abzahlungsrecht

Lösungsmuster erarbeitet, wobei allerdings dem Streit um formale Auslegung innerhalb der Rechtswissenschaft nicht selbe Aufmerksamkeit gewidmet werden konnte; wie dies in der Regel von einer juristischen Arbeit erwartet wird. Interessant waren vor allem rechtswissenschaftliche Untersuchungen, in denen ohne die hier vorgeschlagene methodische Konsequenz gleichwohl de facto sozial bezogen interpretiert wurde. Für die Erfassung der zivilrechtlich formalen Lösung wird daher in der Regel von der Lösung der Rechtsprechung ausgegangen. Der Übersetzung dieser rechtlichen Lösungen in die politische, wirtschaftliche und soziale Wirklichkeit folgte die Ideologiekritik der rechtlichen Lösung. Im Anschluß daran wurden aus den vorhandenen rechtlichen Lösungsansätzen diejenigen Rechtsinstitute und methodischen Versuche herausgearbeitet, die der sozialen Struktur des Anwendungsbereiches näher kommen.

Die eigenen Lösungsvorschläge plädieren regelmäßig für eine Reform des Konsumentenkreditrechts. Die sich andeutenden dogmatischen Lösungen zu einer Neuverteilung von Risiken nach dem Grundsatz, daß gesellschaftliche Risiken dort zu tragen sind, wo sie gesteuert werden können, führen in die Richtung von Versicherungsmodellen und haben keinen utopischen Charakter. Bei einer stärkeren Vertretung der Interessen der Mehrzahl der Verbraucher wären sie auch heute praktisch realisierbar, da sie den Interessenwiderspruch lediglich sichtbar machen und nicht von seiner Aufhebung ausgehen. Es geht somit nicht um die Abschaffung des Gewinns im Konsumentenkredit, sondern um die Vergesellschaftung von Risiken. Wer dies für utopisch hält, müßte an den Regelungen im Arbeits- und Sozialrecht über die Risiken am Arbeitsplatz vorbeisehen (Lohnfortzahlung, Arbeitsunfallregelung etc.). Der abschließende Gesetzesvorschlag soll deutlich machen, wie der Gesetzgeber durch die Wahl des Bezugs-

rahmens und den Rückbezug der Rechtsbegriffe auf die Wirklichkeit dazu beitragen kann, daß auch die juristische Profession , ihre soziale Gestaltungsaufgabe im Rahmen der Gesetze verständlich und nachvollziehbar durch eine kritische Öffentlichkeit wahrnehmen muß.

Die soziale Auslegung würde durch ein solches Gesetz, das an den tatsächlichen Strukturen und nicht an Fiktionen sozialer Verhältnisse anknüpft, rechtssystematisch verankert. Im Unterschied zu der Vielzahl verstreuter Paragraphen im Arbeitsrecht, Wohnraummietrecht und vor allem im öffentlichen Sozialrecht, die die formale Grundlage ihrer Dogmatik nicht verändern, sondern hiervon nur Ausnahmen statuieren, müßte ein solches Gesetz erhebliche Konsequenzen für die bestehende Rechtspraxis haben. Andererseits ist die Vermittlung seiner Strukturen zur herrschenden Zivilrechtsdogmatik und deren Veränderung wiederum Voraussetzung für die Effektivität eines solchen Gesetzes, damit es in den Händen der herrschenden Jurisprudenz nicht wie das bei seinem Erlaß wirtschaftlich orientierte Abzahlungsgesetz in die formale Denkweise integriert wird statt diese zu verändern und dadurch die Intention des Gesetzgebers gerade in ihr Gegenteil verkehrt wird.

ZWEITER TEIL
WIRTSCHAFTLICHE UND HISTORISCHE GRUNDLAGEN DES KONSUMENTENKREDITRECHTS

A Der Begriff des Konsumentenkredits in der Wirtschaft

Voraussetzung für das Verständnis der Funktion und Wirkung der zu analysierenden Rechtssätze und juristischen Argumentationen ist die genaue Kenntnis, durch welche Merkmale sich ein einzelnes Rechtsgeschäft als eine Gewährung von Konsumentenkredit ausweist. Es kommt also ebenso wie für das Verständnis der ökonomischen Beziehungen selber auf die Definition des Konsumentenkredits an.

Die Kreditgewährung an Konsumenten wird in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur nicht einheitlich unter der Bezeichnung Konsumentenkredit behandelt. Es finden sich ohne sachliche Unterschiede Bezeichnungen wie Konsumtionskredit [1], Konsumtivkredit [2] und Konsumkredit [3]. Herrschend in Praxis [4] und Theorie [5] ist jedoch die Bezeichnung "Konsumentenkredit" bzw. "Verbraucherkredit", die hier benutzt werden sollen.

1. Kredit

Mit dem Tatbestand des Kredits wird in der zivilrechtli-

---

1) Obst/Hintner, Geld-, Bank- und Börsenwesen, S. 400
2) Weber, A., Geld und Kredit, S. 251
3) Aufgeführt in Dr. Gablers Wirtschaftslexikon, Bd. 3, S. 837/8, wie auch die französische Bezeichnung "crédit à la consommation"
4) Deutsche Bundesbank in Monatsberichte 1963, Juni, S. 6 z. B.; ebenso das Federal Reserve Board der USA, vgl. bei Klein, The cyclical Timing of Consumer Credit, 1920-67, S. 4
5) Lutz, Der Konsumentenkredit, Schmanski, Zur Theorie des Konsumentenkredits; Mandel, Spätkapitalismus, S. 351

chen Literatur meist der Begriff des Darlehens assoziiert. Ein Darlehen ist danach "die - entgeltliche oder unentgeltliche - Überlassung eines bestimmten Kapitals, meist einer Geldsumme, zu zeitweiliger Nutzung" [1]. Eine solche Definition erscheint auch ausreichend für eine Zeit, in der der größte Teil der Waren nur im direkten Tausch gegen Bargeld erworben werden konnte.

Die Entwicklung der Geldwirtschaft vom Goldgeld zur Banknote und zum Giralgeld ermöglichte jedoch, den Zweck des Darlehens auch ohne Zentralbankgeld zu verwirklichen. So hat die Rechtswissenschaft heute keine Bedenken, ein von einer Bank eingeräumtes Sichtguthaben, über das der Kreditnehmer verfügen kann, als eine Darlehensgewährung zu bezeichnen, selbst wenn kein Bargeld ausgezahlt wird und der Bank nur etwa ein Drittel von dem Geld in bar zur Verfügung steht, welches sie ausleiht [2]. Im Gegensatz dazu sieht sie die entgeltliche Stundung einer Leistung noch nicht als Darlehen an. Ebenso entgeht dem Darlehensbegriff des bürgerlichen Gesetzbuches durch seine Fixierung auf die materielle Gestalt des Geldes der "Verkauf" von Wertpapieren und Aktien, also von verbrieften Forderungen.

Zwischen diesen einzelnen Formen bestehen jedoch vom wirtschaftlichen Zweck her keine inhaltlichen Unterschiede. Die einzige gesetzliche Fixierung des Kreditbegriffs in § 19 KreditwesenG zählt das Gelddarlehen des § 607

---

1) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band, 7. Aufl. § 47 I

2) Nach Jahresbericht der Deutschen Bundesbank von 1972 S. 151 standen einem Banknotenumlauf von 44,5 Mrd. DM 112,6 Mrd. DM Passiva entgegen.

BGB nur als eine unter vielen Kreditarten auf [1]. Art. 2 des EG-Entwurfes einer Richtlinie über Verbraucherkredit will nunmehr mit der Bezeichnung "Verbraucherkredit" ei neuen Rechtsbegriff einführen, der der wirtschaftlichen Er wicklung gerecht wird.

Der wirtschaftliche Zweck in der Kreditaufnahme liegt in len Fällen in der Möglichkeit des Erwerbs von Gütern ode Dienstleistungen (Waren) mit Mitteln eines Dritten. Im Wo Kredit (lat. von credere - vertrauen, glauben) dominiert das Interesse des Kreditgebers, der nicht endgültig, sond nur für eine bestimmte Zeit auf seine Kaufkraft verzichte will und daher im Vertrauen auf die Rückzahlung leistet.

Allein dieses Interesse ist auch in der wohl herrschenden volkswirtschaftlichen Definition aufgenommen worden. Danach ist Kredit, "das freiwillige Zurverfügungstellen von Geld im Vertrauen darauf, daß es termingerecht und vollständig zurückgezahlt wird." [3] Die Sicht des Kreditnehme bleibt unberücksichtigt. Für ihn ist Kredit Erwerb zeitlich begrenzter Verfügungsmacht über Geld.

---

1) Schork, Gesetz über das Kreditwesen, 8. Aufl., hält irrtümlich den Begriff Kredit bereits für einen Rechtsbegriff, wenn er schreibt: "Rechtlich ist die Kreditgewährung ein Darlehensgeschäft i. S. des BGB. Bankwirtschaftlich falle unter den Begriff des Kredits jedoch auch andere Geschäfte", S. 79

2) vom Mai 1976 - vv. Paper

3) Scholz, Der Bankkredit, 3. Aufl. S. 20; ähnlich Ehrlicher Geldtheorie, in Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Bd. 1, 3. Aufl. S. 343; Richter/Schlieper/Friedmann, Makroökonomik, S. 107; Obst/Hintner, Geld-, Bank- und Börsenwesen, S. 400, dort auch folgende Definitionen: "das freiwillige Gewähren und Empfangen von Leistungen im Vertrauen auf die Zusicherung künftiger Gegenleistung" "entgeltliche Güterübertragungen, wobei die Leistung des einen (Creditors) in die Gegenwart, die Gegenleistung des anderen (Debitors) in die Zukunft fällt."

Faßt man beide Definitionen zusammen, so ist der Kredit die befristete Bereitstellung und Inanspruchnahme von Verfügungsmacht über Geld [1]. Da der Geldbegriff, wie sich aus seinem juristischen Gebrauch sowie aus der Umgangssprache ergibt, noch wesentlich durch die Vorstellung der hergebrachten Form der Zahlungsmittel beherrscht wird [2], ist diese Funktion des Geldes in der Definition hervorzuheben, um alle Formen, in denen Kredit auftritt, zu erfassen. Diese Geldformen sind das Münzgeld, die Banknote sowie die verbrieften und die nicht verbrieften Geldforderungen, soweit ihre Bereitstellung einen Warenaustausch vermitteln kann. Alle diese Formen des Geldes sind somit Tauschmittel zum Erwerb von Gütern oder Dienstleistungen, oder kürzer: Kaufkraft [3]. Zwar können auch anderen Waren als dem Bargeld wie Gold und Silber Kaufkraft zukommen. Diese "Kaufkraft" kann dann aber nur in ihrer Geldfunktion Gegenstand des Kredits sein. Als zeitweise Überlassung nicht zu Tausch-, sondern zu Gebrauchs- oder Verbrauchszwecken wäre es nicht mehr Kredit, sondern Kauf, Miete, Leihe, Pacht etc.

Kredit ist somit die befristete Bereitstellung und Inanspruchnahme von Kaufkraft (Geld) [4].

---

1) Vgl. Werner Hofmann, Grundelemente der Wirtschaftsgesellschaft, S. 81

2) Scholz, Der Bankkredit, a.a.O. S. 20, liefert selbst ein Beispiel dieser Verwirrung. "Als Kredit ist aber nicht nur die Zurverfügungstellung von Geld, sondern auch die Zurverfügungstellung von Kredit (Akzeptkredit) zu verstehen ", wodurch er seine eigene Kreditdefinition aufhebt.

3) Dieses "Kaufen" erschöpft sich nicht in der Form des § 433 BGB. Dort ist nur die historisch älteste Form des Warentausches fixiert.

4) In Übereinstimmung mit den Definitionen in der Volkswirtschaftslehre wird hier unter Kredit der Prozeß der Kreditvergabe verstanden. Unter Kredit versteht man jedoch auch den Gegenstand dieses Prozesses, d. h. das (funktional bestimmte) Geld, welches in die Verfügungsgewalt eines anderen gebracht wird. Da dieses Geld jedoch allein durch den Prozeß als "Kredit" bestimmt ist, ist dies kein Widerspruch.

Entsprechend den Formen des Geldes spricht man von Barkredit, vom Darlehenskredit bei der kreditweisen Einräumung eines Sichtguthabens und vom Stundungskredit, soweit die Kaufkraft durch Hinausschieben der Gegenleistung beim Warenerwerb bereitgestellt wird [1].

2. Kredit an "Konsumenten" bzw. "Verbraucher"

Im Begriff Konsumenten- oder Verbraucherkredit erscheint die Kreditart durch die besondere Gruppe von Menschen gekennzeichnet, die den jeweiligen Kredit aufnehmen. Im Unterschied zu der Einteilung der Menschen nach natürlichen Merkmalen wie Alter, Geschlecht, Rasse etc. handelt es sich jedoch bei dem Begriff "Konsument" um die ökonomisch bestimmte Form menschlicher Betätigung, die keinem Menschen dauernd und von anderen unterscheidbar anhaftet. Die eigentliche Unterscheidung liegt daher nicht in dem Menschen selber, sondern in der ökonomischen Qualifizierung seiner jeweiligen Handlungen, die in den Zielsetzungen der Kreditaufnahme bereits vorweggenommen sind. Verbraucher ist eine Person daher nur dann und auch nur insoweit sie verbraucht.

Vom Gebrauch des Wortes "konsumieren" oder "verbrauchen" her läßt sich darunter ein Prozeß verstehen, in dem Gegenstände i. w. S. unter Aufhebung oder Verminderung ihrer Form oder Substanz eingehen [2]. Legt man diese Wortbedeutung zugrunde, so wären unter Konsumentenkrediten auch die Finanzierung etwa der Rohstoff- oder Ener-

---

1) Adolf Weber, Geld und Kredit, S. 251; Überblick bei Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 59

2) So wird z. B. das Wort "Konsumtion" auch im juristischen Sprachgebrauch als Form der Gesetzeskonkurrenz benutzt; vgl. auch § 92 BGB

gieversorgung einer Fabrik zu verstehen. Die Fabrik verbraucht diese Rohstoffe bei ihrer Produktion. Gerade solche Kredite werden jedoch aus der Konsumentenkreditstatistik der Deutschen Bundesbank ausgeschlossen, wenn sie nur kurz- und mittelfristige Kredite an wirtschaftlich unselbständige Personen sowie an Händler zur Refinanzierung solcher Kredite als Konsumentenkredite meldepflichtig macht [1].

Kredite, mit denen der "Verbrauch" der Industrie finanziert wird, werden dagegen als Produktionskredite [2] oder produktive Kredite [3] bezeichnet. Ebensowenig werden die in dieser Weise verbrauchten Güter als Konsumgüter, sondern als Produktionsfaktoren oder Inputs [4] bezeichnet. Die Worte "Konsumentenkredit" oder allgemein "Konsument", Konsumtion, konsumieren haben somit in der Volkswirtschaftslehre eine Bedeutung, die wesentlich enger als ihr Wortsinn ist.

Unter Konsum im weiteren Sinne wird danach "die Nutzung von Leistungen knapper Güter zum Zwecke der unmittelbaren Befriedigung der Bedürfnisse der Letztverbraucher" [5] verstanden. Von diesem Prozeß wiederum interessiert die volkswirtschaftliche Konsumtheorie nur das für den Markt wirksame Element der Nachfrage der Letztverbraucher [6]. Konsum im engeren Sinne ist danach allein "die Einkommensverwendung für Zwecke des Konsums i. w. S. oder die Marktentnahme von Konsumgütern" [7].

---

1) Merkblatt zur Konsumentenkreditstatistik, in Monatsberichte der Deutschen Bundesbank, Nr. 6 (Juni) 1963, S. 8/9
2) Z. B. Obst/Hintner, Geld-, Bank- und Börsenwesen, S. 400
3) Vgl. Lutz, Der Konsumentenkredit, S. 64 ff.; dazu Pohl, Der Konsumentenkredit - Ein Diskussionsbeitrag, Konjunkturpolitik, 1. 1954/55, S. 482 ff.
4) J. Heinz Müller, Produktionstheorie, in Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Bd. 1, S. 57
5) E. u. M. Streissler (Hrsg.), Konsum und Nachfrage, Einleitung der Herausgeber, S. 13
6) Streissler, a.a.O.
7) Streissler, a.a.O.

Ähnlich beschränken auch die volkswirtschaftlichen Definitionen zum Konsumentenkredit seinen Anwendungsbereich auf Kredite zur Befriedigung privater Bedürfnisse [1]. An diese Umschreibung fehlt jedoch ein klares Unterscheidungsmerkmal, da der erhöhte Energie- oder Rohstoffverbrauch eines Industrieunternehmens auch ein privates Bedürfnis befriedigt, nämlich das Bedürfnis des Unternehmers oder der Aktionäre nach vermehrtem Gewinn.

Aus dem meist zur Erklärung verwandten "Letztverbraucher" [2] geht jedoch hervor, daß nur diejenigen als Konsumenten anzusehen sind, die Güter und Dienstleistungen in einer Weise konsumieren, daß das Ziel nicht die Produktion einer Ware ist, deren Verkauf bezogen auf die Herstellungskosten einen Gewinn bringt, sondern die konsumieren, um sich selbst als Individuen zu erhalten und weiterzuentwickeln.

Das Federal Reserve Board der USA bestimmt den Konsumentenkredit dementsprechend als "kurz- und mittelfristigen Kredit, der auf regulären Geschäftswegen verteilt wird, um den Verkauf von Gütern und Dienstleistungen der persönlichen Konsumtion (Hervorhebung U. R.) zu finanzieren oder Schulden, die für diesen Zweck gemacht wur-

---

1) Ehrlicher, Geldtheorie in Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Bd. 1 S. 343; A. Weber, Geld und Kredit, Banken und Börsen, S. 68; Schimanski, Zur Theorie des Konsumentenkredits, S. 9
Moschetto/Plagnol, Le crédit à la consommation, S. 5: Crédit à la consommation: les crédits "destinés à financer l'achat des biens - logement exclus - ou des services destinés à la consommation des ménages" (dt.: Kredite für den Kauf von Gütern oder Dienstleistungen, mit Ausnahme für Wohnungen, für Zwecke der Konsommation durch private Haushalte)

2) Vgl. § 13 UWG; eine Übersicht gibt T. Schneider, Der Begriff des Verbrauchers im Recht, BB 74, 764

den, zu refinanzieren" [1].

Der Verbraucherkredit umfaßt daher ebenso wie die allgemeine Verwendung des Begriffs "Verbraucher" in den Wirtschaftswissenschaften nur die persönliche oder individuelle Konsumtion und nicht die "produktive" Konsumtion.

Der besondere Unterschied zwischen individueller und produktiver Konsumtion liegt unter marktwirtschaftlichen Bedingungen allein in der Bestimmung zur marktmäßigen Verwertung des Produktes dieses Prozesses [2], nicht jedoch etwa in einer Wertung der Nützlichkeit für die Gesellschaft als Ganzes. Lutz [3] hebt daher auch hervor, daß der Konsumentenkredit Ausgaben finanziert, die nicht zu einer Vermehrung, sondern zu einer Verminderung der Waren in der Zirkulation führt. Außer der Arbeitskraft würden hierdurch keine Waren produziert. Schimanski [4] führt dagegen an, daß das Kreditgeld selber kein Produktionsfaktor sein könne und daher auch nicht produktiv sei. Es komme vielmehr auf die hierdurch angeschafften Sachgüter und Dienstleistungen an. (18) Er will diese Begriffe daher durch "wirtschaftliche und unwirtschaftliche Verwendung" ersetzen und auf dieser Basis einen Vergleich zwischen Konsumentenkredit und "Produzentenkredit" anstellen. Dabei stellt er dann fest, daß durch

---

1) Zitiert nach Ph. A. Klein, The Cyclical Timing of Consumer Credit, 1920-1967, S. 4 "short- and intermediate term credit that is extended through regular business channels to finance the purchase of commodities and services for personal consumption or to refinance debts incurred for such purposes."

2) Marx, Theorien über den Mehrwert, MEW 26, 1 S. 368/369. Die Nicht-Verwertbarkeit als Entnahme von Gütern aus der Zirkulationssphäre wird auch in der Konsumdefinition von E. u. M. Streissler, a.a.O., deutlich, die die "Marktentnahme von Konsumgütern" als konstituierendes Merkmal des Konsumbegriffs ansahen.

3) Konsumentenkredit, S. 46, 78

4) Zur Theorie des Konsumentenkredits, S. 17 ff.

den Konsumentenkredit etwa durch Einsparung von Arbeitskraft im Haushalt (19) durchaus Arbeitskraft freigesetzt werden kann, die nun in der Produktion Verwendung findet. Ähnlich argumentiert Pohl [1]. Er will jedoch in der Produktionsausweitung durch Absatzsteigerung den wesentlichen produktiven Effekt des Konsumentenkredits sehen. An der Argumentation von Schimanski gegen Lutz ist richtig, daß die Freisetzung oder Verbesserung von Arbeitskraft durch die individuelle Konsumtion auch zur Kapitalvermehrung führen kann. Daß hungernde Arbeiter, deren häusliche Bedingungen Krankheiten notwendig hervorbringen, auch weniger produzieren, ist selbstverständlich. Es wird jedoch übersehen, daß in einer Wirtschaft, in der Wachstum am Kapitalertrag gemessen wird und nicht an Menge und Nutzen der produzierten Gebrauchswerte, die Produktivität immer daran orientiert bleibt, ob ein bestimmter Prozeß einen Gewinn hervorbringt und nicht, ob durch diesen Prozeß gesamtgesellschaftlich sinnvolle Resultate erzielt werden. Insofern ist der gesamtgesellschaftlich "produktive" persönliche Verbrauch in einer Erwerbswirtschaft "unproduktiv" [2].

Konsumentenkredit ist somit die befristete Bereitstellung und Inanspruchnahme von Kaufkraft (Geld) zum persönlichen Verbrauch (= individuelle Konsumtion).

Seine besonderen Erkennungsmerkmale bestehen darin, daß die Kaufkraft verwendet wird, um Güter endgültig dem Markt zu entziehen, und nicht, um sie so oder in veränderter Form weiter zirkulieren zu lassen, um aus dem Erlös der Weiterveräußerung den Kredit zurückzahlen zu können ("selbstliquidierend") und einen Gewinn zu erwirt-

---

1) Der Konsumentenkredit, a.a.O. S. 48
2) Vgl. Marx, Theorien über den Mehrwert, MEW 26, 1 S. 122 ff.

schaften. Konsumentenkredit kann daher auch Teil eines Kredites sein, bei dem die erworbene Ware nach teilweisem Verbrauch weiterveräußert oder zurückgegeben werden soll, wie z. B. beim Leasing. Inwieweit bei einem Konsumentenkreditgesetz dabei aus Gründen der Rechtssicherheit eine einheitliche Beurteilung eines Kredits notwendig ist, ist keine Frage rechtspolitischer Wertung [1].

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, daß entsprechend dem jeweiligen Zweck, mit dem in der Wirtschaft der Begriff benutzt wird, eine engere Definition üblich ist, bei der auch die Kredite ausgeschlossen sind, die der Staat oder wohltätige Institutionen aufnehmen, um unentgeltlich Waren und Dienstleistungen für die individuelle Konsumtion bereitzustellen [2]. Ebenfalls ausgenommen werden die Kredite zur Erstellung von Wohnraum [2], obwohl hier neuerdings die Tendenz sichtbar wird, auch diese Kredite als Konsumentenkredite zu berücksichtigen, soweit sie für den privaten Wohnungsbau von den späteren Benutzern aufgenommen werden [3]. Konsumentenkredit i. e. S. sind daher Konsumentenkredite, die unmittelbar an den Verbraucher gewährt werden ohne Kredite zur Erstellung von Wohnraum. Da auch in diesem Bereich die wesentlichen gesellschaftlichen Probleme liegen, beschränken sich die nachfolgenden Untersuchungen auf Konsumentenkredite i. e. S. und hier wiederum hauptsächlich auf Ratenkredite.

---

1) Dazu vergleiche unten S. 506 f.
2) Moschetto/Plagnol, Le crédit à la consommation, S. 5; Schimanski, Zur Theorie des Konsumentenkredits, S. 9; Federal Reserve Board in Klein, The cyclical timing of consumer credit, S. 4
3) Vgl. z. B. die Statistik der Dresdner Bank in TW 74, 5/36

B Interessen und Bedingungen des Konsumentenkredits [1]

Die Kreditaufnahme zur Finanzierung der Konsumbedürfnisse ist keine zeitlose immerwährende Notwendigkeit menschlichen Zusammenlebens [2], sondern eine unter bestimmten historisch herausgebildeten sozialen Verhältnissen entwickelte Form der Verteilung der Konsumgüter an die Verbraucher. Sie hat somit a) strukturelle gesellschaftliche Voraussetzungen, b) spezielle Voraussetzungen in der Person der Kreditnehmer und c) ihre Bedingungen in den Interessen der Kreditgeber und ihren besonderen gesellschaftlichen Durchsetzungsbedingungen, deren historische Veränderung die jeweilige Form des Konsumentenkredits sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht bestimmen.

a) Im Kredit ist das Geld als allgemeines Äquivalent, das qualitativ unbeschränkt im Tausch den Erwerb jeder beliebigen Ware ermöglicht, vorausgesetzt. Der Konsumentenkredit setzt daher gesellschaftliche Verhältnisse voraus, in denen die individuelle Konsumtion der einzelnen Menschen nicht mehr in der unmittelbaren Aneignung der Natur erfolgt, sondern in denen sich die Reproduktion des Menschen fast ausschließlich über das Geld vermittelt. Unter den Verhältnissen einer allumfassenden warentauschenden Geldwirtschaft ist daher der kontinuierliche Erwerb von Geld und seine Verausgabung durch den Konsumenten unbedingte Voraussetzung, die eigenen Bedürfnisse zu befriedigen und sich damit selbst reproduzieren zu können.

---

1) Das folgende logische Gerüst soll ebenso wie die Erklärung des Begriffs einen sozialwissenschaftlichen "Allgemeinen Teil" darstellen, dessen rechtliche Bedeutung erst in der konkreten Problembearbeitung deutlich werden wird.

2) Vgl. aber Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken, S. 25, "Das Kreditbedürfnis ist so alt wie die Menschheit"; Fischer, Das Teilzahlungskreditgeschäft, S. 10

b) Die klassische Form dieses Konsumgütererwerbs ist die Barzahlung. Nachdem der Produzent (Bauer / Handwerker / Dienstleistender) die von ihm produzierte Ware verkauft hat, steht ihm das geldliche Äquivalent für die von ihm beanspruchte Konsummöglichkeit zur Verfügung. Konsum- und Einkommensform sind daher identisch. Es sind im wesentlichen zwei Bedingungen zunehmender Vergesellschaftung der Konsum- und Einkommenssphäre, die diese Identität aufheben: einmal wird der Konsum immer mehr auf hochwertige und langlebige Konsummöglichkeiten erweitert, die wesentliche, unter den modernen gesellschaftlichen Verhältnissen unabdingbare Voraussetzungen der Existenz werden (Küchengeräte / Pkw / Urlaubsreise / Fernsehgeräte), zum anderen beziehen immer größere Teile der Bevölkerung ihr Einkommen aus abhängiger Arbeit. Während bei Nahrungsmitteln und anderen kurzlebigen Konsumgütern zum Zeitpunkt des Kaufs nur der Gegenwert für die sehr kurze Zeit bis zum Verbrauch der Ware vorgeschossen werden muß, erfordert der Barkauf eines langlebigen Konsumgutes, daß der Konsument den Verbrauch zukünftiger Monate oder Jahre bereits zum Erwerbszeitpunkt finanziert. Auf der anderen Seite erhält er sein Einkommen aus abhängiger Arbeit bestenfalls für einen Monat im voraus (bei Beamten) vorgestreckt.

Einkommensform und Konsumform haben sich somit in einer Weise auseinanderentwickelt, daß für einen großen Teil der Bevölkerung, deren Monatseinkommen gerade den monatlichen Reproduktionskosten entspricht, die Anschaffung lebenswichtig gewordener Konsummöglichkeiten in der traditionellen Form des Barkaufs unmöglich geworden ist. Der Konsumentenkredit ist unter diesen Bedingungen die Form, in der Konsum- und Einkommensperiode wieder aneinander angeglichen werden, indem der Konsument in den

monatlichen Raten das Äquivalent des monatlichen Verbrau des finanzierten Konsumgutes bezahlt, allerdings vermehrt um den Zins.

Der Konsumentenkredit ist daher eine notwendige Form der Vergesellschaftung der Verteilungssphäre, indem statt auf Kaufkraft des einzelnen Konsumenten zu warten, die gesamt gesellschaftliche Kaufkraft für den einzelnen nutzbar gemac wird, ohne daß der Produzent auf das Äquivalent seines pr duzierten Gutes warten muß.

Neben diesem gesellschaftlichen Bedürfnis nach Konsumentenkredit kann die Kreditaufnahme auch als Kompensation von Notsituationen Bedeutung erlangen. Solche Notsituationen ergeben sich vor allem aus der privaten Zurechnung gesellschaftlicher Risiken wie Arbeitslosigkeit, Unfälle, Krankheit u. ä. Sinkt das Einkommen aus diesen oder anderen Gründen unter das für die Reproduktion notwendige Maß oder steigen die Ausgaben durch Unfälle, Wohnungswechsel etc., so bleibt denjenigen, die außer ihrer Arbeitskraft keine liquidierbaren Werte besitzen, nur die Möglichkeit, durch eine Kreditaufnahme die Not zu überbrücken. Die augenblickliche Mangellage wird dabei in die Zukunft verschoben, wobei man hofft, daß man später neben den normalen Reproduktionskosten auch die in der Vergangenheit finanzierten Kosten einschließlich ihrer Verteuerung durch die Zinsen aufbringen kann. Trifft dies nicht zu, so wird durch den Kredit die Not nur zeitmäßig verlagert und verschärft.

Schließlich kann in dem Bedürfnis nach Konsumentenkreditaufnahme vereinzelt auch der Wille zur kostspieligen Vorwegnahme erwarteter Verbesserung der Einkommensverhältnisse und damit eines erwarteten höheren Lebensstandards liegen.

---

1) Vgl. Katona, Die Bedeutung des Konsumentenkredits in der Wirtschaft der USA, Festschrift Kaminsky S. 219 (225)

Das Bedürfnis nach Konsumentenkredit entspringt daher in erster Linie der Entwicklung von Konsum- und Einkommensform, die objektiv eine Vergesellschaftung ihrer Vermittlung erfordert. Die individuelle Not kann selbständig oder aber auch als verstärkendes Kreditbedürfnis den Konsumentenkredit bestimmen. Das dritte Moment der Konsumentenkreditnachfrage, die Spekulation auf zukünftigen Einkommenszuwachs, stellt zusammen mit dem Trugbild eines arbeitsfreien Vermögenszuwachses im wesentlichen ein unselbständiges verstärkendes Element dieser Nachfrage dar [1].

c) Diese objektiv gegebenen Entwicklungen zum Konsumentenkredit können sich jedoch nur im Rahmen der durch die Marktgesetze gegebenen Bedingungen verwirklichen. Diese Bedingungen sind, wie es ein Konsumentenkreditfachmann zusammengefaßt hat, dadurch gekennzeichnet, daß derjenige, in dessen Verfügungsgewalt diese Möglichkeiten stehen, nach dem Prinzip handelt: "Er will verkaufen und Gewinne machen." [2]

Vom Standpunkt des einzelnen Unternehmers ergibt sich sein Gewinn einmal aus der Preiskostendifferenz (Rate des Gewinns), zum anderen aber aus der Menge der umgeschlagenen Waren (Masse des Gewinns): "Man versucht, jede Absatzchance auf dem Markt wahrzunehmen und einen möglichst hohen Umsatz zu tätigen." [3]

Indem der einzelne Warenverkäufer im Unterschied zu seinen kapitalschwächeren Kollegen seine Waren auf Kredit absetzen kann und damit notorische Kreditbedürfnisse be-

---

1) Vgl. Katona, a.a.O.
2) Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken, S. 31
3) Kaminsky, a.a.O., S. 31

friedigt, konzentriert er Nachfrage in seinem Geschäftsbetrieb und vermindert gleichzeitig durch die Ratenzahlungsverpflichtungen seiner Kunden deren zukünftige wirksame Nachfrage. Ohne daß die Nachfrage insgesamt erhöht wird, ja sogar im Gegenteil durch die Zinszahlungen insgesamt vermindert wird [1], gelingt es so dem kreditgewährenden Verkäufer auf Kosten seiner Konkurrenten seinen Umsatz zu erhöhen und damit seine Gewinnmasse zu vermehren. Ebenso wie die auf Kredit verkaufenden Handelsgeschäfte sich damit in Gegensatz zum Gewinninteresse ihrer bar verkaufenden Konkurrenten stellen, erscheint dieser Widerspruch auch zwischen der Industrie kurzlebiger Verbrauchsgüter, für die ein Kreditverkauf wegen der Masse der einzelnen im Preis jeweils geringfügigen Geschäfte sowie der mangelnden Sicherheit nicht in Frage kommt, und der Industrie langlebiger Verbrauchsgüter, die durch den Kredit den Erwerb ihrer Güter ermöglichen und dabei die Nachfrage bei den Konkurrenten in der Konsumgüterindustrie vermindern [2].

Der Konsumentenkredit ist aber nicht nur ein Mittel eines einzelnen Handelsgeschäftes, zu einem bestimmten Zeitpunkt seine Verkäufe zu intensivieren, sondern die Kreditgewährung ist ihrerseits wieder ein gewinnbringender "Verkauf" einer zeitlich befristeten Kaufkraft, die damit zur eigenständigen Ware wird. Die Trennung des Konsumenten vom Konsum durch das Geld wird durch die Trennung des Konsumenten von der Verfügbarkeit über den notwendigen Geldbetrag vervollständigt. Die Geldüberlassung auf Zeit an den Konsumenten wird besonderes Interesse der Geldbesitzer, wenn sie überschüssiges Geld haben, das nicht im produktiven Sektor der Wirtschaft verwertet

---

1) Lutz, Der Konsumentenkredit, S. 64
2) Lutz, a.a.O., S. 53 ff., 66 ff.

werden kann oder wenn die Geldmenge selbst von den Geldbesitzern vermehrt werden kann, ohne daß dieser zusätzlichen Geldmenge eine zusätzliche zirkulierende Warenmenge gegenübersteht. Mit der Möglichkeit privater (Giral-)Geldschöpfung wird der Kredit als solcher zum interessantesten und gewinnbringendsten Warenabsatz an den Konsumenten, weil die Beschaffungskosten der Ware Geld von den Produktionskosten der übrigen Ware gelöst wird [1].

Während für dieses Interesse an der Verwertung überschüssigen Geldkapitals die konjunkturell bedingte Investitionsbereitschaft und die damit verbundene produktive Kreditnachfrage entscheidend sind, ist die zusätzliche Geldschöpfung (Giral- oder Kreditgeldschöpfung) selber abhängig von dem Grad der Bargeldlosigkeit des Zahlungsverkehrs [2].

Gleichgültig, welches Interesse bei der Konsumentenkreditgewährung vorherrscht, so ist die Gewinnerzielung auf je-

---

1) Zum Verhältnis von Konsumentenkredit und Inflation vgl. Lutz, Konsumentenkredit, S. 65, 91; Seidel, Teilzahlungskredit und Geldschöpfung, Heft 4 des Arbeitskreises für Absatzfragen; Pohl, Der Konsumentenkredit - Ein Diskussionsbeitrag, Konjunkturpolitik 1, 1954/55 S. 482; Mandel, Der Spätkapitalismus, S. 410 f.: "Wenn die durch die permanente Inflation erzeugte Erweiterung des 'unverkäuflichen Rests' an Konsumtionsmitteln die Akkumulationsrate herabzusetzen droht, kann eine Erweiterung des Konsumentenkredits stattfinden, d. h. der Tausch der Konsumwaren wird mehr und mehr nicht gegen wirkliche, im Produktionsprozeß geschaffene Revenuen, sondern gegen Kreditgeld vollzogen"; Moschetto/Plagnol, Le crédit à la consommation, S. 117 "Comme les principales contreparties de l'accroissement monétaire sont attribués aux crédits accordés aux particuliers ...".

2) Hierzu eingehend Ehrlicher, Grundlagen der Geldtheorie, in Kompendium der Volkswirtschaftslehre Bd. 1 S. 356 ff.; Lipfert, Einführung in die Währungspolitik, S. 68 ff.; Busch/Seelow, Zur politischen Ökonomie des Geldes, Kursbuch 36 (Juni 74), S. 22 f.

den Fall nur dann gewährleistet, wenn der kreditnehmende Konsument die hingegebene Geldsumme einschließlich der Zinsen auch erwartungsgemäß zurückzahlt. Seine Situation im Augenblick der Kreditaufnahme ist jedoch dadurch gekennzeichnet, daß er kein Geld hat. Ferner wird beim Konsumentenkredit im Unterschied zum Investitionskredit nicht unmittelbar ein Prozeß in Gang gesetzt, aus dem die Rückzahlung erfolgen kann [1]. Wichtig für den Kreditgeber ist daher die Garantie der Rückzahlung durch Gewährung von Sicherheiten, die der in Gang gesetzte Konsumtionsprozeß gerade nicht geben kann, weil er unproduktiv ist. Als Sicherheiten kommen die gekaufte Sache selber (Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung), zukünftige Einkommen (Lohnvorausabtretung) sowie die Vermögen dritter Personen (gesamtschuldnerische Haftung des Ehegatten; Bürgschaft) in Betracht, wobei der Wert dieser Sicherheiten wieder davon abhängt, inwieweit ein bestimmter gesetzlicher Rahmen eingehalten ist, der die Durchsetzung der Forderungen durch die Gerichte garantiert.

Im Schnittpunkt der hier skizzierten Interessen der Kreditgeber am Absatz von Waren und Geld zur Gewinnerzielung, der Bedingungen der Geldbeschaffung, der Nachfragesituation der Konsumenten, des jeweiligen Rückzahlungsrisikos und der Verfügbarkeit staatlicher Gewalt zur Forderungsdurchsetzung im jeweiligen Wirtschaftssystem mit seiner spezifischen Rechtsstruktur erklären sich die juristischen Formen im Konsumentenkredit in ihrer historischen Abfolge und jeweiligen quantitativen und qualitativen Bedeutung.

---

1) Der Kredit ist nicht "selbstliquidierend".

C Die Formen der Konsumentenkreditgewährung in ihrer geschichtlichen Abfolge und Bedeutung

I Vorkapitalistische Konsumentenkreditformen [1]

Als die einfachste und früheste Form des Konsumentenkredits wird vielfach das "Anschreiben" des Krämers im Dorfladen genannt, das im "Büchlein" oder auf dem "Knebel" erfolgte [2].

Diese ungeregelte Form des Kredits ohne feste Vereinbarungen, Verzinsung und Sicherheit setzte eine Gemeinschaft voraus, in der gegenseitige Hilfestellungen und gegenseitiges Vertrauen sich als überwiegende Prinzipien des dörflichen Verteilungsapparates erwiesen. Demgegenüber war die Pfandleihe schon außerordentlich früh die Form, in der die besitzlosen Bauern und Arbeiter entweder eine vorübergehende Not zu überwinden versuchten oder aber, indem sie auf die Einlösung des Pfandes verzichteten, diesen Kredit nachträglich zum Verkauf machten. Die Pfandleiher waren damals dafür bekannt, daß sie mit Wucherzinsen in einer Unbarmherzigkeit die Notlage der Leute ausbeuteten [3], wie es dem feudalen Status- und Fürsorgedenken noch fremd war [4]. Es ist daher in der Tradition dieser Ordnung zu verstehen, daß diese Frühform des durch Besitzpfandrecht gesicherten Kredits eine eingehende Regelung erfahren hat und weitgehend staatli-

---

1) Vgl. zur zeitlichen Einteilung der Perioden bis 1925, 1925-1955 und nach 1955 ebenso Frhr. Marschall v. Bieberstein, Regent legislative and judicial trends in consumer credit in Germany, in Ziegel/Forster S. 166 ff.

2) Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken, S. 7; Hoerter, Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 16; Lutz, Der Konsumentenkredit, S. 11

3) Moschetto/Plagnol, Le crédit à la consommation, p. 6

4) Dostojewski's Roman Schuld und Sühne handelt vom Mord an einer Pfandleiherin oder "Wucherin", deren Geschäftsgebahren er ausführlich beschreibt.

cher Aufsicht unterstellt wurde. In den §§ 1217 ff. BGB sow
§ 34 GewO haben diese Regeln zum Teil die bürgerliche R
volution überstanden. Trotz verschiedener Versuche [1] wur
den sie aber niemals Modell für die späteren Formen des
Konsumentenkredits. Es war jedoch nicht diese Form, mit
der sich die Interessen der Konsumentenkreditgeber durch-
setzten.

II Konsumentenkredit und Handelskonzentration in der industriellen Revolution (1850-1926)

Vor allem der Beginn industriemäßiger Produktion langlebi
ger Verbrauchsgüter wie Nähmaschinen, Möbel, Fahrräder
etc. [2], deren Preis in der zweiten Jahrhunderthälfte ein
vielfaches des Wochenlohnes zwischen 4 und 8 Talern [3]
betrug, machte die Kreditgewährung zum Bestandteil der
Absatzstrategie. Der 1850 verstärkt einsetzende Industriali
sierungsprozeß in Deutschland [4] war begleitet von einer
außerordentlich starken Landflucht, da das Land unter den
neuen Bedingungen der Marktabhängigkeit und freien Kon-
kurrenz keine ausreichenden Erwerbsmöglichkeiten mehr fü
die Masse der Bewohner bot. Die "agrarische Überschuß
bevölkerung" [5] war dabei auf dem Land bereits in einer
solchen Not, daß selbst in den Städten Lohnbedingungen un-
ter dem Existenzminimum akzeptiert wurden, gleichzeitig
aber die zusätzliche Naturalversorgung aus einer Klein-
landwirtschaft entfiel. So vergrößerte sich z. B. die Berli

1) Etwa Heck, Gutachten zum 21. DJT zur Frage: "Wie ist den Mißbräuchen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegenzuwirken?"In Vhdlgen des 21. DJT S. 131 ff. (175); Blomeyer, Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers. AcP 162, 193 (200), letzterer jedoch nur aus dogmatischen Erwägungen.
2) Vgl. Jastrow, Gutachten zum 22. DJT über die Frage: "Wi ist den Mißbräuchen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäf ten herausgestellt haben, entgegenzuwirken?" Vhdlgen des 22. DJT Bd. 1 S. 316-325
3) Mottek, Wirtschaftsgeschichte Deutschlands Bd. II, S. 232
4) Wehler, Das deutsche Kaiserreich 1817-1918, S. 24
5) Mottek, a.a.O. S. 226

ner Bevölkerung von etwa 200 000 im Jahre 1820 auf 397 000 im Jahr 1846 und zählte 825 937 im Jahre 1871 [1].

Diese Bevölkerung, deren individuelle Konsumtion sich unter den Bedingungen der Stadt nur noch über das Geld vermittelte, lebte weitgehend unter dem Existenzminimum und konnte mit dem Wochenlohn gerade die Ernährung bezahlen. Eine Eheschließung des jungen Arbeiters, der sich die Möbel für den Hausstand nicht mehr selbst fertigen oder aus dem elterlichen Haus in die neue Wohnung mitnehmen konnte, war mit den laufenden Mitteln unmöglich [2], zumal das möblierte Mieten keine Alternative bot, da bereits überhöhte Mieten gefordert wurden [3]. Fanden die Möbelverkäufer unter diesen Umständen trotz großem Bedürfnis keine bar zahlende Nachfrage, so zeigte sich eine ähnliche Situation etwa bei den Nähmaschinen. Die niedrigen Löhne der Arbeiter, die zudem noch durch eine Steigerung der Lebenshaltungskosten zwischen 10 und 20 % [4] entwertet wurden, zwangen auch die Frauen dazu, eine Möglichkeit zur Verwertung ihrer Arbeitskraft zu suchen. Durch Haushalt und Kinder an die Wohnung gefesselt, blieb meist die Heimarbeit die einzige Möglichkeit des Hinzuverdienens, und zwar vor allem durch Näharbeiten.

Möbel- und Nähmaschinenhandel waren dann auch die ersten, die geschäftsmäßig den Konsumentenkredit für den Kauf ihrer Waren verwendeten. Die Singer Manufacturing Company begann mit dieser Absatzstrategie 1862/63 und verkaufte 1868

---

1) Mottek, a.a.O., S. 228
2) Lazarus, Das Recht des Abzahlungsgeschäfts, 1898, S. 4
3) Heck, Gutachten auf dem 21. DJT "Wie ist den Mißbräuchen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegenzuwirken? In Vhdlgen des 21. DJT 1891 S. 144
4) Mottek, a.a.O., S. 233

zwei Drittel ihrer Produktion auf Kredit [1] und verdrängte damit 80 % der deutschen Nähmaschinenhersteller aus dem Markt [2].

Der Möbelverkauf wurde bald fast vollständig durch die sogenannten Abzahlungsgeschäfte oder "Möbelleihverträge" beherrscht. Mit dem Erlaß des Handelsgesetzbuches erreichte das Bürgertum, daß das Verbot der Conventionalstrafe fiel und mit dem Reichsgesetz vom 14. XI. 1867 auch die letzten Kreditschutzbestimmungen [3] der feudalen Epoche dem neuen Recht der Handels- und Gewerbefreiheit weichen mußten. Dadurch entwickelte sich das Abzahlungsgeschäft ungehemmt zum Mittel, nicht nur einen Teil der Nachfrage auf Kosten der unmittelbaren Lebensbedürfnisse auf langlebige Konsumgüter zu binden, sondern es wurde auch ein außerordentlich einträgliches Geschäft. Die Kunden aus den ärmsten Schichten hatten gar nicht die Wahl zum Barkauf und mußten daher die Preise akzeptieren, die im Möbelverkauf mit 54 - 74 % und im Nähmaschinenhandel mit 45 % über den Barpreisen lagen [4]. Die Vertragsfreiheit hatte den Bürger ferner auch dazu befreit, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die schon damals alle Abzahlungsgeschäfte beherrschten [5], etwa den Ausschluß der Mängelrechte, die Verfallklausel, nach der bei Zahlungsverzug sämtliche Raten verfallen und die Sache an den Verkäufer zurückgeht, sowie die Kostentragung (§ 771 ZPO) des Interventionsprozesses, hohe Vertragsstrafen [6], die Ge-

1) Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken, S. 11
2) Koch, Die Entwicklung der deutschen Teilzahlungswirtschaft seit 1945 und ihre Problematik, S. 22
3) Heck, Gutachten zum 21. DJT 1891, S. 143
4) Jastrow, Gutachten zum 22. DJT 1892, a.a.O., S. 291
5) Wilke, Gutachten zum 21. DJT Bd. 2 S. 121
6) Lazarus, a.a.O., S. 10

richtsstandsklausel, und die Agentenklausel, nach der mündliche Nebenabreden ungültig sind, zu akzeptieren und ferner dem Verkäufer ungehinderten Zutritt zur Wohnung zu gewähren [1].

Für eine optimale Sicherung ihrer Ansprüche wählten die Abzahlungshändler eine Rechtsform, in der ihnen das Eigentum an der verkauften Sache bis zur vollständigen Bezahlung aller Raten verblieb, was einmal über die Konstruktion eines Mietvertrages mit Erwerbsmöglichkeit nach Zahlung der vereinbarten "Mietzins"raten, zum anderen über die Konstruktion eines neuen Instituts, dem Eigentumsvorbehalt im Kaufvertrag, versucht werden konnte. Die Benutzung der Rechtsformen war schon damals den Zweckmäßigkeitserwägungen allein der Verkäufer unterstellt, so daß etwa in den Ländern Anhalt, Braunschweig, Bremen, Oldenburg wegen des Verbots des Eigentumsvorbehaltes durch die dortige Gesetzgebung die Mietkonstruktion verwandt wurde [2], während in anderen Ländern die Konstruktion des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt das gleiche wirtschaftliche Ziel erreichte. Die Bedenken gegen den Eigentumsvorbehalt [3] haben seine Durchsetzung nicht verhindern können und vom Möbelleihvertrag wurde schon 1891 gesagt, daß ihn "das Verkehrsbedürfnis ausgeklügelt und ihm die allgemeine Anerkennung gewissermaßen erzwungen (hat)" [4]. Die Rechtsprechung hat dieser Entwicklung, in der immerhin einige Grundprinzipien des Sachenrechts modifiziert wurden, auf der Ebene der Obergerichte nichts entgegengesetzt. Das Reichsgericht, dessen Zivilsenate wegen der Streitwertgrenze von 1500 RM

---

1) Vgl. Heck, Gutachten 21. DJT 1891 S. 137
2) Vgl. Lazarus, a.a.O., S. 3 Fn. 1-3
3) Vgl. Blomeyer AcP 162, 193 ff.
4) Hausmann, Die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung, S. 5

in den ersten 10 Jahren der Register sich nicht ein einziges Mal damit zu befassen hatten, erkannte den Möbelleihvertrag 1900 durch seinen Strafsenat an [1]. Die erst mit dem Jahr 1926 auch für den Konsumentenkredit relevante Sicherungsübereignung wurde vom Reichsgericht bereits 1901 rechtlich anerkannt [2].

Einige Untergerichte versuchten damals durch eine Einzelfallrechtsprechung die durch das allgemeine Recht legitimierte Not der besitzlosen Klassen zu mildern.

> "Diese Gerichte halfen sich so gut wie es eben ging. Es wurde angenommen, daß die Abzahlungsgeschäfte keine Handelsgeschäfte seien, um die Beschränkung der Konventionalstrafe auf das alterum tantum zu begründen; es wurde versucht, im Widerspruch mit dem Obertribunal und der herrschenden Rechtsanschauung die Beweislast der Höhe des Interesses bei der Konventionalstrafe dem Berechtigten aufzubürden. In Fällen hartnäckiger und rücksichtsloser Ausbeutung des Vertrages, ..., kam es wohl auch vor, daß der Richter dem Bedrängten damit half, daß er die Einforderung von Sachen und Preis als gegen die guten Sitten verstoßend ... erklärte - mit der Moral im Einklang, mit dem Gesetze im Widerspruch." 3)

Nachdem im Möbel- und Nähmaschinenhandel über das Abzahlungsgeschäft nicht nur eine Vergrößerung der Marktanteile, sondern auch erhebliche zusätzliche Gewinne erreicht werden konnten, wurde diese Form mit ihren belastenden Nebenbestimmungen auf fast alle Waren ausgedehnt. Es entstanden eine große Anzahl von Abzahlungsbazaren, in denen der mittellose Bürger selbst die kleinsten Sachen, vorausgesetzt, sie waren als Sachsicherheiten tauglich, zu Wucherpreisen auf Raten erwerben konnte. Die einzelnen Raten, die manchmal nur 10 Pfennig in der Woche aus-

---

1) RGSt 2, 22 ff.
2) RGZ 49, 172 sowie 1904 RGZ 59, 147
3) Hausmann, Die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung, S. 16/7

machten [1], wurden von eigens angestellten "Eintreibern" in den Wohnungen der Abzahlungskäufer abgeholt [2]. Diese Abzahlungsbazare banden ihr Kunden immer stärker, da der zum Kreditkauf gezwungene Arme durch die Wucherzinsen und Risiken seine Lebenshaltung noch weiter verteuerte und damit auch für Güter, die er vorher bar kaufen konnte, Kredit in Anspruch nehmen mußte. Wer einmal in diesen Teufelskreis des Kredits hineingeriet, hatte bei niedrigem Einkommen kaum Chancen, sich davon wieder zu befreien. Der Ausschluß der Mängelrechte bewirkte ferner, daß die Abzahlungsbazare schlechte und mangelhafte Ware auf diese Weise absetzten [3].

Bis 1914 bildeten sich 1500 Geschäfte dieser Art [4] und man schätzte vor 1900, daß vier Fünftel der Bevölkerung Abzahlungskunden waren und sich jedes zweite junge Arbeiterehepaar seine Möbel auf Kredit kaufte [5].

Am Ende des 19. Jahrhunderts war der Abzahlungskauf im wesentlichen ein Mittel der Ausbeutung der Not der Arbeiterschaft geworden, so daß das Bild vom "skrupellosen Abzahlungshändler", der sich "mit den dürftigen Habseligkeiten der Armen bereichert" [6] vorherrschte. Das dabei durch die gängigen Haustürverkäufe der Provisionsvertreter oft Dinge verkauft wurden, die als Luxusgüter in ihrem Nutzen für die Arbeiterbevölkerung in keinem Verhältnis zu den durch die Ratenzahlungsverpflichtung begründeten Entbehrungen standen, waren nur Symptome dieser im Prinzip rechtlosen Situation. Nicht jedoch die Sorge um

---

1) Jastrow a.a.O. S. 316-325
2) Heck a.a.O. S. 138
3) Hausmann a.a.O. S. 33
4) Kaminsky a.a.O. S. 10
5) Hausmann a.a.O. S. 22 u. 24
6) Hausmann a.a.O. S. 3

das Wohl der Abzahlungskäufer hat 1894 zur Verabschiedung des Abzahlungsgesetzes geführt [1]. "Der arme Mann ist nur das Dekorum", kommentierte der SPD-Abgeordnete Auer damals dieses Gesetz [2]. In der Tat waren die Gefühle, die die Mehrzahl der Handelskammern plötzlich für den armen Mann entdeckten [3], nur im Interesse der Konkurrenten der Abzahlungsbazare vorgeschoben. So wunderte sich auf dem 22. Deutschen Juristentag auch der Amtsgerichtsrat Jastrow, warum man sich ausgerechnet um das Abzahlungsgeschäft kümmere, wo es doch "eine der betrübensten Erscheinungen unseres gesammelten Wirtschaftslebens (ist), daß der arme Mann fast alle seine Bedürfnisse teurer bezahlen muß als der Reiche" [4] und daß doch sonst "eine wesentlich im Interesse des Kapitalismus tätige Gesetzgebung dafür sorgt, daß dort, wo der Staat einen Einfluß auf die Preisbildung übt, er dies leider meistens im gleichen Sinne tut." [5] Dabei wies er insbesondere auf die schlechten Wohnverhältnisse und wucherischen Mietbedingungen hin, gegen die sich noch kein offizieller Widerspruch erhoben habe.

Heck [6] nannte auf dem 21. Deutschen Juristentag 1891 die wahren Beweggründe, die u. a. den "Verein gegen Unwesen im Handel und Gewerbe zu Köln" oder den "Verein zur Wahrung gewerblicher Interessen für Aachen und Burtscheid" sowie die in der Enquête des Königlichen Sächsischen Ministeriums des Innern vom 28. September 1887 befragten Handelskammern zu ihren Aussagen und Aktionen veranlaßt hatten:

---

1) Ebenso Benöhr, Konsumentenschutz vor 80 Jahren, ZHR 74, 192 ff.
2) Nach Nathan, Teilzahlungskauf und Rechtspositivismus, NJ 60, 335 (340)
3) Vgl. die Stellungnahmen der Handelskammern bei Hausmann a.a.O. S. 102 ff.
4) Gutachten zum 22. DJT 1892 S. 292
5) A.a.O.
6) Gutachten zum 21. DJT 1891 S. 139

"Wie sehr die Konkurrenz der Abzahlungsbazare in Handel und Gewerbe fühlbar wird, beweisen die in den Berichten der Handelskammern und in den Eingaben an den Reichstag laut gewordenen Klagen." 1)

"Die Abzahlungsbazare schädigen vor allem die weniger kapitalskräftigen, die kleineren Gewerbebetriebe, die für die Abnahme ihrer Waren auf die armen Klassen, auf den Kundenkreis der Abzahlungsbazare angewiesen sind. Dadurch unterstützen sie mittelbar die überall in der Gegenwart wahrnehmbare Bewegung auf Konzentration des Gewerbebetriebs in einer geringen Zahl großer Geschäfte ..." 2)

Daneben ist das Abzahlungsgesetz auch im Zusammenhang mit der Bismarckschen Politik zur Unterdrückung der sich in der SPD organisierenden Arbeiterklasse zu sehen, bei der zunächst mit der "Peitsche" der Sozialistengesetze von 1878, die 1890 dem Druck der Arbeiter wieder weichen mußten, und dann mit dem "Zuckerbrot" der Krankenversicherung im Jahre 1883 und den Bestimmungen über Unfall-, Alters- und Invalidenversicherung zwischen 1885 bis 1891 versucht wurde, die durch die sich verschärfenden und häufenden Krisen der Gründerjahre entwickelten sozialistischen Tendenzen im Volke abzuschwächen. Das Abzahlungsgesetz stand gerade am Ende der "großen Depression" von 1874 bis 1893 [3]. 1890 und 1893 konnte die Sozialdemokratische Partei ihre Wählerstimmen von 1,427 Millionen auf 1,787 Millionen erhöhen [4] und der Druck der Gewerkschaften spiegelt sich in der Zahl von 226 Streiks im Jahre 1890/91 [5]. Eduard Bernstein, der diese Zeit aktiv miterlebte, schrieb dazu 1910 [6]:

---

1) S. 154
2) A.a.O. S. 155
3) Vgl. Mottek/Becker/Schröter, Wirtschaftsgeschichte Deutschlands, Bd. III Berlin (DDR) 1974 S. 175-180
4) Bernstein, Geschichte der Berliner Arbeiterbewegung, 3. Teil, S. 18
5) Mottek a.a.O. Bd. III S. 174
6) A.a.O. S. 2

"Denn gleichzeitig wußte man auch und konnte es aus Regierungserklärungen immer wieder aufs neue bestätigt erhalten, daß die Reformen, soweit sie nicht aus rein technischen Gründen notwendig geworden waren, nicht als Anfänge einer großen und systematischen politischen und wirtschaftlichen Reformpolitik, sondern bloß zu dem Zweck ins Werk gesetzt wurden, der Sozialdemokratie möglichst Abbruch zu tuen. ... die kleinen Verbesserungen sollten im Verein mit der Arbeiterversicherung das Wunder tun, in einer Zeit ununterbrochenen Wachstums der Arbeiterklasse, diese von der Partei ihrer Klasse abwendig zu machen."

Auch aus dem juristischen Schrifttum der damaligen Zeit zum Abzahlungsgeschäft wird dies deutlich, wenn etwa Hausmann [1] mit den Worten von Lorenz von Stein davor warnt, daß "sich mit Notwendigkeit dieser Gegensatz [2] verschärfen" und "der Haß gegen die besitzenden Klassen und damit gegen unsere moderne Wirtschaftsordnung steigen (muß)".

Patriarchalische Fürsorge der agrarisch-konservativen Strömungen im deutschen Reich und staatliche Befriedungspolitik gegenüber der erstarkenden Arbeiterklasse waren somit die Verbündeten des Kleinhandels und Kleingewerbes sowie der Produzenten kurzlebiger Verbrauchsgüter, um der Bedrohung durch den gebundenen Konsumentenkredit zu begegnen. Von den Betroffenen selber aber konnte gesagt werden, daß die "benachteiligten Volksklassen ... weniger hervortraten" [3].

Das Abzahlungsgeschäft, das nach Erlaß des Abzahlungsgesetzes und der Vereinheitlichung der Zivilgesetze im BGB allgemein die Form des Abzahlungskaufs unter Eigentumsvorbehalt annahm, blieb bis zum Ende des 1. Weltkriegs

---

1) Die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung, S. 34
2) Zwischen arm und reich, U. R.
3) Lazarus, a.a.O. S. 11

die beherrschende Form des Konsumentenkredits. Als Händlerkredit blieb der Konsumentenkredit im wesentlichen Mittel zur Konzentration im Handel und zur Erzielung von Extra-Gewinnen, wobei allerdings die relative Knappheit des Geldes, dessen Menge unabhängig von der Kreditnachfrage allein vom Goldvolumen abhängig war, eine wichtige Schranke der Refinanzierung bildete. Durch den großen Aufschwung der industriellen Produktion seit 1895, insbesondere zwischen 1904 und 1914, waren sämtliche Geldvorräte in den industriellen Prozeß eingespannt, so daß die Reichsbank in dauernden Schwierigkeiten war, die Geldnachfrage zu befriedigen [1]. Erst mit dem 4. August 1914 wurde durch Gesetz die Verpflichtung der Reichsbank, Banknoten und Münzen in Gold einzulösen, aufgehoben. Die Befreiung des Kreditmarktes von der Fessel der Goldwährung blieb jedoch vorläufig noch ohne großen Einfluß auf den Konsumentenkredit, da der Beginn des Krieges gleichzeitig eine Einschränkung der individuellen Konsumtion zugunsten der Produktion für Kriegszwecke mit sich brachte. Die zusätzlichen Geldmengen wurden nur gedruckt, um das steigende Rüstungsbudget des Staatshaushaltes zu decken, wodurch allerdings die Inflation nach Kriegsende bereits vorprogrammiert war [2].

Diese Entwicklung, die mit der Währungsreform von 1923 ihren Abschluß fand, bereiteten den Geldmarkt für eine neue Phase des Konsumentenkredits vor. Daneben hatten sich durch die Entwicklungen der Elektro- und Maschinenindustrie Potentiale langlebiger Konsumgüter gebildet, deren massenmäßige Produktion und Absatz bis Anfang der zwanziger Jahre ohne die notwendige Nachfrage blieb. Die erste Phase des Konsumentenkredits ist somit überwiegend noch durch die Not und das Elend gekennzeichnet. Gleichzeitig werden

1) Mottek u. a. Bd. III a.a.O. S. 188/9
2) Vgl. Mottek u. a. a.a.O. S. 137/8; Wehler, Das deutsche Kaiserreich 1871-1918, S. 52/53

in dieser Phase aber alle notwendigen Bedingungen wie die rechtliche Durchsetzung kapitalfreundlicher Rechtsformen, Aufhebung der Goldkernwährung, Erfindung und Entwicklung langlebiger Konsumgüter sowie Konzentration im Handel und bei den Banken für den massenhaften Konsumentenkreditabsatz gesetzt.

III Konsumentenkredit und der Absatz langlebiger Verbrauchsgüter (1926-1959)

Während die Textilproduktion langsam rückläufig war und erst 1939 den Stand von 1913 wieder erreichte, begann die Produktion von PKW, Motorrädern, Möbeln, Rundfunkgeräten und Hausrat in den Formen industrieller Massenfertigung. Während 1906 erst 10 000 PKW und 16 000 Motorräder in Deutschland fuhren, waren es 1938 715 000 bzw. 857 000 [1]. Gleichzeitig sank das Einkommen der Masse der Bevölkerung durch die Massenarbeitslosigkeit bis 1929 kontinuierlich ab. In dieser Phase wurde der Konsumentenkredit die einzige Möglichkeit für die Umverteilung der Nachfrage von den kurzlebigen Gütern des unmittelbaren Lebensbedarfs auf die langlebigen Konsumgüter [2]. Die Ford-Automobilwerke gründeten die "Credit AG für Fordfahrzeuge", Opel die "Allgemeine Finanzierungs-GmbH, Rüsselsheim". Ferner entstand die "Deutsche Automobilbank AG, Berlin", so daß 1928 das Teilzahlungsgeschäft im PKW-Handel bereits einen Anteil von 68 % hatte [3]. Mit dem ersten direkten Engagement der Großbanken im Konsumkreditwesen, der Gründung der "Diskont und Kredit AG Berlin" [4], entdeckten die Banken ihr eigenes Interesse am nunmehr sicher gewordenen

1) Mottek u. a. a.a.O. S. 65
2) Zum Mechanismus ausführlich bei Lutz, Der Konsumentenkredit, S. 66 ff.
3) Kaminsky, Die Entwicklung der deutschen Teilzahlungswirtschaft, S. 15
4) Fischer, Das Teilzahlungskreditgeschäft, 1952 S. 15

Konsumentenkredit.

Das von den Fesseln der Goldwährung befreite Geldkapital konnte nun in bankmäßiger Refinanzierung direkt beim Konsumenten verwertet werden. Der Handel machte sich dieses Interesse zunutze, indem er Teilzahlungsinstitute gründete, die sich bei den Banken refinanzierten und bei denen gleichzeitig gewährleistet war, daß die Kunden durch die Kreditform an die Produkte bestimmter Verkäufer gebunden blieben.

Das Kaufhaus Tietz [1] begann 1926 eine Kampagne mit dem Slogan "Kaufe sofort, zahle später" [2] und finanzierte die Kredite durch die "Kaufkredit GmbH" [3]; der Verband Berliner Spezialgeschäfte arbeitete mit der Citag, in der amerikanisches Kapital überwog [4], und in Königsberg gründeten 20 Einzelhändler die Kundenkredit GmbH, die später die größte Teilzahlungsbank wurde. Zwar waren alle diese Institute noch nicht als Banken anerkannt, jedoch arbeiteten sie in gleicher Weise und verschafften sich immer mehr Zugang zum Kapitalmarkt. Für das Jahr 1927 wird der Umsatz der Teilzahlungsbanken bereits mit 600-750 Mill. RM angegeben, wobei die hohe Anzahl von Kundenkonten der größten Institute (50 000-80 000) einen Hinweis auf die Kundenstruktur gibt [5].

Erst im 3. Reich erreichten die Kreditinstitute durch das Reichsgesetz über das Kreditwesen (KWG) die Anerkennung als Institute im Sinne der Bankenaufsicht. 1939 existierten etwa 50 solcher Teilzahlungsbanken, die in der

---

1) Berlin, heute Hertie
2) Fischer, Teilzahlungskreditgeschäft, S. 14
3) Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken, S. 16
4) Fischer, a.a.O.; Kaminsky, a.a.O.
5) Ostler/Weidner AbzG Einl. Anm. 3; Rühl, Eigentumsvorbehalt ..., S. 17

Fachgruppe "Teilzahlungskreditunternehmen" zusammengeschlossen waren [1] und bereits seit 1927 über eine gemeinsame Auskunftei, die "Schutzgemeinschaft für Allgemeine Kreditsicherung (Schufa)" verfügten [2].

Der "Reichsverband des kreditgebenden Einzelhandels e.V." stellte schon zu dieser Zeit seinen Mitgliedern vorgedruckte "Einheitsbedingungen" zur Verfügung [3]. Der Aufpreis betrug damals 100 % auf die Gestehungspreise, wobei 2 % monatliche Zinsen berechnet wurden [4]. Die ähnlich wie vor 1894 geführte Anti-Abzahlungskampagne der barverkaufenden Konkurrenz, bei der in einem Gutachten sämtlicher IHKs [5] mit besonders heftiger Unterstützung der Reichsverbände des Textilhandels und der deutschen Schuhhändler die "gefährliche Verschuldung" und "Verteuerung der Waren" demonstriert wurde, konnte politisch nichts mehr ausrichten.

Die Bankrotte der Frankfurter Allgemeinen Versicherungs AG sowie der Motor AG für Kraft- und Verkehrswegen und der Deutschen Automobilbank im Jahre 1929 [6] signalisierten nämlich nicht den Fehlschlag des Teilzahlungsgeschäfts, sondern eine Verlagerung des Konsumentenkredits auf die Großbanken. Die Großbanken, deren Zahl durch Fusionen und Bankrotte 1929 auf drei, nämlich die Dresdener Bank, die Deutsche Bank und Diskontogesellschaft und die Commerz- und Privatbank zusammengeschmolzen war [7], gründeten im Jahre 1929 mit der "Gesellschaft zur Finanzierung von Kreditgemeinschaften mbH (Gefi) Berlin" [8]

---

1) Fischer, Teilzahlungskreditgeschäft, S. 15
2) Kaminsky, a.a.O. S. 16
3) Rühl, Eigentumsvorbehalt ... S. 240 mit Abdruck des Wortlauts.
4) Rühl a.a.O. S. 220
5) Deutsche Wirtschaftszeitung 1926 Nr. 49; 1927 Nr. 2
6) Rühl a.a.O. S. 284
7) Mottek a.a.O. S. 101
8) Fischer a.a.O. S. 15

ein eigenes Refinanzierungsinstitut für das Teilzahlungsgeschäft. Neben das Interesse an der Verdrängung kapitalschwacher Kleinhändler und das nunmehr überwiegende Interesse der Bindung von Konsumgüternachfrage auf langlebige Konsumgüter trat das reine Geldverwertungsinteresse, bei dem der Verkauf des Geldes an den Konsumenten zum gewinnversprechenden Geschäft an sich avancierte.

•

In allen Formen, die für die Konsumentenkreditgewährung an den Kunden entwickelt wurden, übernahmen der Handel und die handelseigenen oder bankeigenen Finanzierungsinstitute die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entwickelten Mittel, Risiken abzuwälzen und hohe Zinsen und Preise zu verschleiern:

Es wurden ausschließlich Formularverträge mit unabänderlichen Klauseln verwandt, in denen sich von der Fälligkeit aller Raten im Verzugsfalle (die Ratenverwirkungsklausel war durch das AbzG illegal geworden), dem Eigentumsvorbehalt bzw. der Sicherungsübereignung, den Erhaltungspflichten der Sicherungssache bis zu Vertragsstrafen, dem Ausschluß der Mängelhaftung und den Gerichtsstandsklauseln die alten Bestimmungen wiederfanden und bei denen durch einfache Angabe der Monatsraten bzw. eines fixen Monatszinssatzes Barpreis und Effektivzins verschleiert werden. In der "Listenfinanzierung" wurde die Zusammenarbeit mit Finanzierungsinstituten noch darauf beschränkt, daß der Handel lediglich seine in Listen zusammengefaßten Kundenforderungen sicherheitshalber zur Refinanzierung an das Teilzahlungsinstitut abtrat.

Rechtliche Beziehungen zwischen Institut und Konsumenten bestanden dabei nicht [1].

---

1) Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken a.a.O. S. 47/48; Ostler/Weidner, AbzG § 6 Anm. 65.

In der "Abtretungskonstruktion" bahnte sich eine erste direkte Bank-Kundenbeziehung an, indem der Händler seine Forderungen aus einem einfachen Abzahlungsgeschäft im Rahmen eines mit dem Finanzierungsinstitut vereinbarten Kreditkontingents an dieses sicherungshalber und erfüllungshalber abtrat, worauf das Kreditinstitut, nachdem es nach einer Kreditwürdigkeitsprüfung des Kunden das Einzelgeschäft akzeptiert hatte, dem Händler den entsprechenden Betrag gutschrieb und die Raten beim Konsumenten einzog [1]. Diese Abtretungskonstruktion, in der die Kaufpreisforderung mit den Einreden aus dem Erwerbsgeschäft behaftet an das Finanzierungsinstitut übergeht, konnte jedoch ebenso wie die Listenfinanzierung keine größere Bedeutung erlangen, da dieselben Ziele mit Geschäftsformen erreicht werden konnten, durch die die Hemmnisse des Abzahlungsgesetzes und des bürgerlichen Rechts für lange Zeit aufgehoben wurden [2].

In den Konstruktionen des A-, B- und C-Geschäftes, die 192 von der Kundenkreditbank in Königsberg (A-Geschäft oder Königsberger Schecksystem) und von der Kreditgemeinschaft Berliner Spezialgeschäfte (B-Geschäft oder Berli-

---

1) Vgl. Hoerter, Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 92; Ostler/Weidner, AbzG § 6 Anm. 60, 61

2) Im Schrifttum wurde zur Stützung der Trennungstheorie in diese Entwicklung ein rechtlich folgenschwerer Einschnitt zwischen Absatzfinanzierung und Kundenfinanzierung hineininterpretiert (Ostler/Weidner, AbzG § 6 Anm. 60, 61). Aus der Sicht des Konsumentenkredits verliert diese Unterscheidung alle Berechtigung, da der tatsächliche empirisch konstatierbare Geldfluß derselbe blieb, nur die juristischen Formen zur Umgehung von Konsumentenrechten gewechselt werden. Vgl. Hoerter, a.a.O. S. 91; Müller-Laube, a.a.O. S. 79; Fischer, a.a.O. S. 15

ner System) [1] zuerst verwandt wurden, konnte die Produkt- und Händlerbindung in einer Form erreicht werden, die rechtlich als ein Kontrahieren mit zwei selbständigen Personen erschien, so daß die wirtschaftliche Gegenseitigkeit von Ratenrückzahlung und Konsumgütererwerb rechtlich ohne Folgen blieb und das Abzahlungsgesetz keine Anwendung fand, da § 1 AbzG den Schutzbereich des Gesetzes auf Geschäfte zwischen zwei Personen beschränkte.

Im A-Geschäft gab das Finanzierungsinstitut nach Prüfung der Kreditwürdigkeit befristete Gutscheine ("Schecks") zum Kauf in den angeschlossenen Geschäften an die Konsumenten aus. Wurden diese Gutscheine für Käufe verwendet und von dem angeschlossenen Einzelhändler bei der Bank eingereicht, so erfolgte wirtschaftlich dasselbe wie in der Abtretungskonstruktion, rechtlich entstand jedoch unmittelbar zwischen Finanzierungsinstitut und Konsument ein Darlehensvertrag mit Ratenzahlungsverpflichtung entsprechend der bei Aushändigung der Gutscheine unterschriebenen Formularbestimmungen [2].

In der Form des Berliner Modells unterschrieb der Konsument oft auf einem Formular einen Kaufvertrag mit dem Händler und einen Darlehensantrag an das Finanzierungsinstitut im Geschäftslokal des Händlers. In der Regel entstand das ganze Konsumentenkreditverhältnis mit der Annahme des Darlehensantrags durch das Finanzierungsinstitut und der Auslieferung der Ware [3].

Zwischen Finanzierungsinstitut und einzelnem Händler bestanden neben der wirtschaftlichen Verflechtung in den

---

1) Kaminsky, a.a.O. S. 16
2) Vgl. Hoerter, a.a.O. S. 69; Müller-Laube, a.a.O. S. 249
3) Müller-Laube, a.a.O. S. 126

20iger Jahren auch eine durch einen Rahmenvertrag konkretisierte rechtliche Verbindung. Danach ging das Finanzierungsinstitut die Verpflichtung ein, für bestimmte namentlich genannte Gegenstände, die in der angeschlossenen Firma vertrieben wurden, bis zu einer bestimmten Höchstsumme jeweils im Einzelfall Darlehen zu gewähren. Die Kreditwürdigkeitsprüfung (Ausfüllen und Auswerten einer Selbstauskunft des Kunden sowie Schufa-Rückfrage) lag z. T. in der Zuständigkeit des Händlers. Der Händler übernahm ferner für die Rückzahlung des Darlehens die Garantie [1]. Ein bestimmter Prozentsatz der an den Händler auszuzahlenden Darlehensvaluta (10-20 %) wurde zudem in manchen Gestaltungen als Sicherheit bis zur vollen Rückzahlung des Kredits durch den Kunden auf ein Sperrkonto eingezahlt.

Das B-Geschäft war somit im Gegensatz zum A-Geschäft nicht nur betriebsbezogen, sondern auch objektbezogen [2]. Die Beschränkung der Kredite auf bestimmte Objekte durch das Finanzierungsinstitut erhöhte die Sicherheit, da jede Darlehensgewährung nur gegen Sicherungsübereignung des gekauften Gegenstandes erfolgte.

Während im A-Geschäft noch eindeutig die Hauptverantwortung und weitgehende Bestimmungsmöglichkeit beim Händler lag, verstärkte sich im B-Geschäft bereits die Selbständigkeit des Finanzierungsinstituts, das in den modernen Formen den Händlern und Kunden im wesentlichen seine Bedingungen der Zusammenarbeit diktierte.

Unsichtbar in seiner äußeren Form wandelte das B-Geschäf allmählich seine innere wirtschaftliche Funktion, indem si die ursprüngliche Hilfe des Finanzierungsinstitutes für den

1) Formulare bei Hoerter, a.a.O. Anhang 1 b.
2) Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken, S. 21

Handel zur Steigerung des Absatzes der angeschlossenen Betriebe bzw. bestimmter Waren umkehrte. Die Zusammenarbeit der Kreditinstitute mit dem Handel erfüllte nunmehr den Zweck, daß das Kreditinstitut für seine Geldverwertung durch den Handel eine Garantie und durch die Objektbezogenheit eine Sachsicherheit erhielt [1].

In der historischen Entwicklung konnte man daher auch feststellen, daß das B-Geschäft sowohl die Abtretungskonstruktion als auch das A-Geschäft verdrängte [2], obwohl sich auch heute noch entsprechend dem Fortbestand der dahinterstehenden gesellschaftlichen Interessen in geringem Umfang noch A-Geschäfte in der Praxis finden.

Das C-Geschäft, das nur im Kfz-Handel größere Bedeutung erlangen konnte [3], stellte lediglich eine Abwandlung des B-Geschäftes dar, indem der Kreditnehmer als zusätzliche Sicherheit Wechsel auf die einzelnen Raten zum jeweiligen Fälligkeitsdatum auszustellen hatte.

Trotz der 50 Teilzahlungsinstitute, die 1939 immerhin eine Kreditherauslage von 300 Mio. RM zu verzeichnen hatten [4], blieb diese Form des Konsumentenkredits noch weit hinter den unmittelbar vom Handel herausgelegten Konsumentenkrediten zurück [5].

---

1) Vgl. zu diesem Trend Hoerter, a.a.O. S. 33; Kaminsky, a.a.O. S. 48; Moschetto/Plagnol, Le crédit à la consommation, S. 124 ff.
2) Kaminsky, a.a.O. S. 48; Hoerter, a.a.O. S. 68
3) Koch, a.a.O. S. 38
4) Kaminsky, a.a.O. S. 18; Fischer, a.a.O. S. 15
5) Dabei ist zu berücksichtigen, daß vor dem 2. Weltkrieg keine besondere Konsumentenkreditstatistik existierte und in den absoluten Zahlen auch Teilzahlungskredite an Gewerbetreibende zu Geschäftszwecken enthalten sind. Trotzdem können die Proportionen der Kreditherauslage aber auch für den Konsumentenkredit als repräsentativ angesehen werden.

Für 1930 wird der gesamte Teilzahlungskredit auf 10 % des Einzelhandelsumsatzes (mit Ausnahme des Lebensmittelhandels) beziffert, wovon etwa 2-3 % dem bankmäßigen Teilzahlungskredit in den Formen des A-, B- und C-Geschäftes zugerechnet werden [1], während die anderen Kredite unmittelbar vom Handel oder aber von den Finanzierungsabteilungen der Elektrizitätswerke, die durch Finanzierung von Elektrogeräten die Stromabnahme erhöhen wollten [2], ausgeschüttet wurden. Für 1939 wird ein Gesamt-Teilzahlungs-Umsatz von 2 Mrd. RM angegeben, wobei der bankmäßige Teilzahlungskredit 300 Mio. RM im wesentlichen unverändert 15 % der Gesamtkreditherauslage ausmachte [3].

Mit den Gründungen der Citag, der Gefi und der Diskont und Kredit AG durch vom Handel unabhängiges Geldkapital waren jedoch die Bedingungen für eine Übernahme des Konsumentenkredits durch das Geldkapital bereits angedeutet. Weiteren Einfluß auf die übrigen inzwischen als Banken anerkannten Finanzierungsinstitute des Handels konnte von den Großbanken und Versicherungsgesellschaften in der Refinanzierung ausgeübt werden, da eine Refinanzierung aus Einlagen oder durch Diskontierung von Teilzahlungswechseln bei der Reichsbank gesetzlich ausgeschlossen war. Der zweite Weltkrieg, der wie schon der erste Weltkrieg als Folge des dem Volke abverlangten Konsumverzichts für Rüstungszwekke den Konsumentenkredit zum Erliegen brachte, schaffte jedoch wiederum günstige Voraussetzungen für seine weitere Verbreitung nach Kriegsende. Wie der Boom von 1890 durch die Verelendung der Bevölkerung im industriellen len Aufschwung, der Boom von 1926 durch die Verarmung der Menschen als Folge des Krieges, der Inflation und der

1) Koch, Die Entwicklung ..., a.a.O. S. 12
2) Fischer, a.a.O. S. 16
3) Kaminsky, a.a.O. S. 18

Kriegsfolgelasten die Menschen zum Konsumentenkredit zwang, so war der 1949 einsetzende Boom wiederum durch Zerstörung der persönlichen Habe und Vernichtung der Sparguthaben in der Inflation gekennzeichnet. Bereits 1949 nahm dann in Kiel die Kundenkredit GmbH mit 50 000 DM Gründungskapital ihre Arbeit auf [1].

Die Großbanken gründeten ihre früher in Berlin ansässigen Finanzierungsinstitute ebenfalls 1949 neu oder als Nachfolgeorganisationen in West-Deutschland [2]. Der Wirtschaftsverband Teilzahlungsbanken trat in der Nachfolge der "Fachgruppe Teilzahlungsbanken" 1949 mit 35 Mitgliedsgesellschaften ebenfalls wieder in Erscheinung. Mit einer erstaunlichen Kontinuität, die durch Zusammenbruch und die Überwindung des Faschismus kaum gestört erscheint, konnte Koch feststellen,

> "daß etwa Mitte 1949 das Teilzahlungsgeschäft in der Bundesrepublik und West-Berlin in einem beachtlichen Umfange wieder aufgelebt ist, und daß die erforderlichen Kreditfacilitäten für ein gesund aufgezogenes Teilzahlungsgeschäft zur Verfügung stehen." 3)

Im Juli 1949 wurden schon 60 % aller Möbel, 70 % der Radiogeräte, 25 % der Fahrräder und 30 % allen Hausrats auf Kredit gekauft [4].

Für das Jahr 1953 gibt die Deutsche Bundesbank bereits ein Volumen von 1,2 Mrd. DM für den Teilzahlungskredit an [5], und 1954 war der Vorkriegsstand mit 2,08 Mrd. DM bereits überschritten. Die Geschäftsbanken und Sparkassen hatten inzwischen damit begonnen, nicht nur über eigene Teilzahlungs-

---

1) Koch, Die Entwicklung ..., S. 14
2) A.a.O. S. 17
3) A.a.O. S. 17
4) A.a.O. S. 15
5) Monatsberichte der Deutschen Bundesbank, 1964 Heft 5 S. 20

banken und durch Aufkauf von bestehenden Instituten den Kon sumentenkreditmarkt zu erobern, sondern sich mit ihren eigenen Filialen in der Konsumfinanzierung zu engagieren. Die Sparkassen waren dabei die ersten, wie ein entsprechendes Abkommen zwischen den Hamburger Sparkassen und dem Hamburger Möbelfachverband von 1949 [1] zeigt. 1953 waren sie zusammen mit den Geschäftsbanken bereits für 40 % des Teilzahlungsumsatzes verantwortlich [2].

Die Teilzahlungsbanken, bei denen die Großbanken direkt oder über die Refinanzierung [3] wesentlichen Einfluß ausübten, beherrschten rund 44 % des Marktes, während die direkten Teilzahlungsverkäufe des Handels von 85 % vor dem Krieg auf 16 % Marktanteil zurückgingen. Die Form des B-Geschäftes erwies sich für diese neuen Interessen im Konsumentenkredit durchaus als tragfähig, da die Betriebs- und Objektbindung in den Nachkriegsjahren als Sicherheit noch notwendig war. Die Zahlungsfähigkeit spiegelt sich in einer Umfrage der deutschen IHK Bonn von 1953, wonach 4 % aller Arbeitnehmer bereits einmal gepfändet waren [4]. Bedenkt man, daß der durchschnittliche Nettoverdienst des männlichen Facharbeiters 1950 62,94 pro Woche betrug [5], während dieser Verdienst 1970 235,84 DM betrug, so mußte jed durch Kredit bedingte Verteuerung der Lebenshaltung sich in einem Abzug von der notwendigsten Ausstattung wie Lebensmittel, Textilien etc. bemerkbar machen. Damit waren aber der Textil- und Lebensmittelhandel, in denen ebenfalls Konzerne von beträchtlichem Ausmaß entstanden waren, wieder einmal in ihren Absatzinteressen berührt. Im Unterschied zu

---

1) Koch, a.a.O. S. 15
2) Errechnet nach Koch, a.a.O. S. 21
3) v. Fischer, Das Passivgeschäft der Teilzahlungsbanken, Fes schrift Kaminsky 1969 S. 149 (163): Das Passivgeschäft der Teilzahlungsbanken beruhte "ausschließlich auf der Inanspruchnahme von Buch- und Wechseldiskontkrediten bei an-
Forts. s. S. 150

der Kampagne des ausgehenden 19. Jahrhunderts und von 1926 gegen die Abzahlungsgeschäfte, in denen vor allem die in den Handelskammern überwiegenden kleinen Händler gegen die großen Abzahlungsbazare vorgingen, wurde die 1952 einsetzende Kampagne von größenmäßig ebenbürtigen Handelsunternehmen gegen die Teilzahlungsbanken geleitet. Unter der Führung der Textilfirma C & A Brenninkmeyer setzte im November 1952 ein Anzeigenfeldzug unter dem Stichwort "Ratenschreck" ein.

Gemeinsam mit den Lebensmittelfirmen Schätzlein, Stüssgen und Schlichte wurden Gutachten eines eigens hierfür ins Leben gerufenen "Arbeitskreises für Absatzfragen" bezahlt, mit denen durch ethische [1], wirtschaftliche [2] und juristische [3] Argumentationen eine restringierende Novellierung des Abzahlungsgesetzes flankiert werden sollte. Ein solcher Gesetzesentwurf wurde dann von dem Brenninkmeyer-Geschäftsführer und Bundestagsabgeordneten Naegeli im Bundestag eingebracht [4], scheiterte aber an dem formierten Widerstand der Banken. Diese hatten zu ihrer "wissenschaftlichen" Unterstützung die "Schriftenreihe des Wirtschaftsverbandes Teilzahlungsbanken e.V." herausgegeben, die neben ihrem Organ "Teilzahlungswirtschaft" die Gegenposition vertrat. In dieser ganzen Diskussion, die die juristische Argumentation in Rechtsprechung und Lehre nachhaltig beeinflußt hat, diente wiederum der Verbraucher meist nur als "Dekorum" der eigenen Interessen. Die Verwirrung,

---

3) Forts. von S. 149:
ren Kreditinstituten außerhalb des Zentralbankensystems ..."

4) Jahresbericht des Wirtschaftsverbandes der Teilzahlungsbanken 1953 S. 14

5) Berechnet nach Osterland/Deppe/Gerlach u. a. Materialien zur Lebens- und Arbeitssituation der Industriearbeiter in der BRD Tab. 67 u. 68

1) Z. B. Röpke, Der Borgkauf im Lichte sozialethischer Kritik, Heft 5, Arbeitskreis für Absatzfragen

2) Z. B. Lutz, Konsumentenkredit, Heft 1, S. 109-119

3) Ewald, Das geltende Abzahlungsgesetz und seine Reform, 1956, Heft 7, a.a.O.

4) Nach Kaminsky, 'Ratenschreck' als Gesetzgeber, TW 54, 12

die unter Juristen durch diese Identifizierung von Konkurrenz- mit Verbraucherinteressen etwa bei den Banken als Sachwalte des "bewußt und optimistisch in die Zukunft" [1] sehenden Kred kundens und bei Brenninkmeyer als Sachwalter des anständige und ehrlichen Barkäufers entstand, wird noch Gegenstand der nachfolgenden Analyse der Rechtsprechung sein.

Der zweite historische Abschnitt im Konsumentenkredit von 1926 bis 1959 ist nicht mehr so sehr von den Interessen größe rer gegenüber kleineren Handelskapitalien, sondern durch den Interessengegensatz zwischen der Industrie langlebiger Verbrauchsgüter sowie der Textil- und Lebensmittelindustrie gekennzeichnet. Die beherrschende Form ist das B-Geschäft und die Träger des Kredits sind bis 1939 zu 85 % noch der Handel selber sowie handels- bzw. industriegebundene Finanzierungsinstitute, die jedoch in steigende Abhängigkeit zu den Großbanken und Sparkassen geraten. Die absolut herrschenden Formen des A-, B- und C-Geschäftes verbergen, daß sich unter ihrem Mantel bereits die Interessen der Banken entfalten, die sich nach dem zweiten Weltkrieg durchsetzten. Das Scheitern der vier Novellierungsentwürfe zum Abzahlungsgesetz von 1954, 1956, 1964 und 1966 [2] deutet diese machtvolle Rückendeckung der Teilzahlungsbanken in ihrem Kampf gegen gesetzliche Einschränkungsversuche an. Die Kampagne des Textil- und Lebensmittelhandels und ihrer juristischen Vertreter hatten jedoch in der Rechtsprechung mehr Erfolg [3], da der Bundesgerichtshof sich durch Entscheidungen der Untergerichte gezwungen sah, Zugeständnisse in der Rechtskonstruktion zu machen, um eine richterrechtliche Reform im Sinne der

1) Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken, S. 75
2) Abgedruckt bei Ostler/Weidner, AbzG, Einleitung Anm. 24; dort ging es im wesentlichen um eine Erschwerung der Rücknahme des Sicherungsgutes, Formerfordernisse sowie den Einwendungsdurchgriff.
3) Vgl. LG Hamburg MDR 50, 220; OLG Braunschweig MDR 51, 677; AG Hamburg MDR 51, 676; LG Braunschweig, MDR 53, 744; 54, 739; 55, 63

Einheitstheorie abzuwehren [1]. 1955 übernahmen mit dem Abklingen der Anti-Abzahlungs-Kampagne die Untergerichte den Standpunkt der massiv publizierten "herrschenden" Meinung [2] und des BGH, der ihnen zunächst entgegengekommen war. 1952 hatte der BGH die Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes auf bestimmt abgegrenzte finanzierte Abzahlungsverkäufe in der Form des B-Geschäfts [3] festgestellt und 1957 erklärte er den seit 100 Jahren praktizierten ersatzlosen Ausschluß aller Sachmängelansprüche für nichtig, wenn kein Nachbesserungsrecht gegeben ist, und gab dem Konsumentenkreditnehmer im B-Geschäft gleichzeitig das Recht, Sachmängeleinreden der Teilzahlungsbank entgegenzuhalten [4]. In weiteren Entscheidungen wurden die Verhältnisse des B-Geschäfts im Einzelfall immer mehr dem einfachen Abzahlungskauf angenähert, theoretisch jedoch die Trennungstheorie vertieft. Die Rechtslage im B-Geschäft wurde durch die Gradwanderung des BGH, bei prinzipieller Ablehnung der radikal-verbraucherorientierten Einheitstheorie punktuell Zugeständnisse an die Praxis der Untergerichte zu machen, dermaßen unübersichtlich, daß 1967 ein Bankenvertreter vor dem BGH ausführte: "Die Unklarheit vieler Rechtsfragen des finanzierten Abzahlungsgeschäfts und die sich daraus ergebende Unsicherheit machen eine sachgerechte Kalkulation für die Abzahlungsbanken fast unmöglich." [5]

---

1) Die moralisierenden Argumente der Vertreter des Absatzes kurzlebiger Verbrauchsgüter, z. B. Röpke: "daß der Kreditverkauf unordentlich, leichtfertig, zigeunerhaft und mit dem Makel des auf Kosten der übrigen schmarotzenden, des Lebensuntüchtigen und Verantwortungslosen behaftet ist (nach Fincke, Vertrauen in die wirtschaftliche Vernunft des Konsumenten, Festschrift Kaminsky, S. 142 (146)) mußten dabei, glaubt man den Angaben der Richtersoziologie (etwa Kaupen, Hüter von Recht und Ordnung), die den Richtern ihrer Herkunft nach solche Einstellungen bescheinigt, auf fruchtbaren Boden fallen.

2) Vgl. Nachw. bei Hoerter, a.a.O. S. 206 Fn. 745

3) BGH NJW 52, 141

4) BGH NJW 57, 17

5) Nach Pagendarm, Das finanzierte Abzahlungsgeschäft, WM 67, 434

Neben den rechtlichen Voraussetzungen entwickelten sich in den Jahren bis 1959 auch die Geldmarktbedingungen für das d rekte Eingreifen der Banken. Solange im Konsumentenkredit lediglich zirkulierende Gelder des Wirtschaftskreislaufes ver wendet werden konnten, mußten die hierfür verfügbaren Gelder aus den produktiven Sektoren abgezogen werden. Durch den Übergang von der Goldkernwährung zur Zentralbankwährung waren zwar 1914 die absoluten Schranken der Geldproduktion gefallen. Die Konsumentenkredite waren jedoch dadurch in ihrer Refinanzierung noch kaum begünstigt, da die Zentralbank neue Banknoten nur als Kredite für produktive Geschäfte (vgl. § 19 Abs. 1 S. 1 BBankG), praktisch also auf Handelswechsel, ausgab [1], um damit zu gewährleisten, daß jede neue Geldsumme in der Zirkulation durch eine in ihrer Preissumme entsprechende zirkulierende Warenmenge repräsentiert war, so daß nicht mehr Geld als notwendig, d. h. ke inflationäres Geld, in die Zirkulation gegeben wurde [2]. Wechsel aus Konsumentenkrediten konnten daher nicht bei der Bundesbank rediskontiert werden [3], da zusätzliches Kreditgeld, was ausschließlich für Zwecke der individuellen Konsumtion in die Zirkulation fließt, in doppelter Weise inflationär wirkt, da einmal eine Ware aus der Zirkulation genommen wird, zum anderen Geld in die Zirkulation ohne ein Warenäquivalent einfließt. Obwohl auch im Zentralbanksystem

---

1) Eingehend Fischer, Das Passivgeschäft der Teilzahlungsbanken, Festschrift Kaminsky S. 149, S. 157/158

2) Vgl. Ehrlicher, Geldtheorie, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Bd. 1 S. 361 f.

3) 1951: Verbot jeglichen Ankaufs von Teilzahlungswechseln im Zentralbanksystem
1. X. 52: unter strengen Voraussetzungen (langlebige Güter, 50 % bar angezahlt, Laufzeit 6-12 Monate, nach 90 Tagen fällig) rediskontierbar
1954: weitere Lockerung auf 40 % Anzahlung
22. III. 56: wieder totales Rediskontierungsverbot; vgl. auch Kaminsky, a.a.O. S. 72; ausführlich Fischer, Refinanzierun der Teilzahlungsbanken im Zentralbanksystem, TW 1954, 53; Koch, Die Entwicklung, a.a.O. S. 69 ff.

schon eine Reihe von Möglichkeiten inflationärer Geldschöpfung unvermeidlich waren [1], fielen diese Grenzen der Refinanzierung von Konsumentenkrediten in dem Maße, wie die Privatbanken sich von den Fesseln des Zentralbankgeldes befreien und ihr eigenes, das sogenannte Giral- (oder Kredit-)geld, schöpfen konnten. Diese Giralgeldschöpfungsmöglichkeit der Privatbanken wuchs in dem Maße, wie der Zahlungsverkehr sich bargeldlos abwickelte und die Bankkunden ihr liquides Vermögen nicht mehr in der Form des Zentralbankgeldes von den Banken abhoben, sondern durch Umbuchung darüber verfügten [2].

Als die "Teilzahlungswirtschaft" 1974 [3] meldete, daß nunmehr fast alle Löhne bargeldlos gezahlt würden, war der Prozeß zur zentralbankunabhängigen Geldschöpfung weitgehend abgeschlossen, der sich in den fünfziger Jahren bereits angedeutet hatte. Die umfangreiche Regelung der Kleinkredite vom 22. 12. 1958, der Gebührensätze der Kredite der Geschäftsbanken im Teilzahlungsgeschäft vom 25. 6. 1959 und der Kredite der Teilzahlungsfinanzierungsinstitute vom 5. 11. 1959 [4] kam zu spät und konnte ebenso wie das vorher verhängte Verbot des Einlagengeschäftes für die Teilzahlungsbanken [5] die Entwicklung des Konsumentenkredits nicht mehr hindern. Das Geldvolumen war bereits in einem Ausmaß gewachsen [6], daß seine kontinuierliche Verwertung für

---

1) Vgl. Ehrlicher, a.a.O. S. 357/359
2) Im einzelnen vgl. Busch/Seelow, Zur politischen Ökonomie des Geldes, Kursbuch 36 (Juni) 1974 S. 13 (22 f.); Ehrlicher a.a.O. S. 367
3) TW 74 1/28
4) Hoerter, Das finanzierte Abzahlungsgeschäft, S. 38
5) Vgl. Fischer, Das Passivgeschäft der Teilzahlungsbanken, Festschrift Kaminsky, S. 149/157
6) Vgl. Henning, Das industrialisierte Deutschland 1914-1972, S. 229

die Banken nur noch durch "das Eindringen des Kreditwesens in die private Konsumsphäre" [1] gesichert werden konnte.

Mit dem Aufbau eines umfassenden Filialnetzes und dem Ausbau privater Sparkonten waren auch die technischen Bedingungen gegeben. Für die Restriktionsmöglichkeit der Kreditaufsicht und der Bundesbank galt schon damals die Feststellung eines Sparkassenfachmanns, wonach "wegen der seitens der Wirtschaft in fast unbegrenztem Maße möglichen Ausweichhandlungen ... Kreditrestriktionen nur bei Verstaatlichung der Kreditinstitute voll durchzusetzen (sind)." [2]

---

1) Mandel, Spätkapitalismus, S. 351
2) Lipfert, Einführung in die Währungspolitik, S. 139; vgl. auch S. 179 hierzu

IV Geldverwertung und Inflation im Konsumentenkredit (ab 1959)

Mit dem Ende der fünfziger Jahre ging eine Wirtschaftsepoche der Bundesrepublik zu Ende, in der mit einer Wachstumsrate der Wirtschaft von durchschnittlich ca. 11 % [1] ein Optimum in der Ausnutzung der Produktivkräfte und der Kapitalverwertung erreicht worden war, wie es vorher und nachher nicht mehr zu finden ist. In dieser Phase hoher Investitionstätigkeit war das Geschäft der Großbanken noch weitgehend ausgelastet mit produktiver Kreditnachfrage. Da die Wachstumsrate im Durchschnitt der darauf folgenden Jahre von 1960 bis 1969 auf ca. 6 % und, nimmt man den Zeitraum von 1963 bis 1972, sogar auf ca. 4 % fiel [2], ergab sich für die Großbanken als Hauptträger der Geldversorgung ein Liquiditätsüberhang, durch den sie sich gezwungen sahen, nunmehr auch selber im Konsumentenkreditgeschäft Geld anzulegen. [3]

Die großen Geschäftsbanken und die Sparkassen begannen 1959 gemeinsam, auch in ihren eigenen Filialen Konsumentenkredite und zwar in der Form des "freien" Darlehens als Kleinkredit bis zu 2000,- DM zu gewähren. Dieser Kleinkredit behielt weiterhin die im Abzahlungskauf und dann im finanzierten Abzahlungsgeschäft "bewährten" Klauseln bei, wonach bei Zahlungsverzug die Restsumme sofort fällig wird, die Kreditgeber bei Vermögensverfall des Kunden ein Kündigungsrecht mit gleichen Folgen haben, der Gerichtsstand vereinbart ist und die Zinsen nicht effektiv, sondern als monatliche Zinssätze auf die ursprünglich beantragte Kreditsumme gerechnet wurden. Auch die sogenannten Kreditgebühren, die nichts anderes

1) Henning, Das industrialisierte Deutschland 1914 bis 1972, S. 194
2) Henning, a.a.O.
3) Schmidt-Wegenast, Der Wandel in der Einstellung des Kreditwesens zum Konsumenten, Festschrift W. Kaminsky, S. 121 (136)

als ein verschleierter Zins sind [1], wurden übernommen. Für die Sicherheit dieser Kleinkredite konnten die Großbanken auf die gut ausgebaute Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung (Schufa) zurückgreifen, die 1963 bereits 8 693 419 Auskünfte erteilte [2] und zumindest für Kleinkredite auf Sachsicherheiten verzichten, da sich die Ausfallquote mit weniger als 1 % als unerwartet gering erwiesen hatte [3].

1960 erreichten die Kleinkredite bereits ein Volumen von 1,146 Mrd. DM und die Geschäftsbanken und Sparkassen einen Marktanteil von ca. 30 % im Konsumentenkredit. [4]

1962 begannen wiederum die Sparkassen unter der Bezeichnung "Anschaffungsdarlehen" eine Konsumentenkreditform zu propagieren, in der das B-Geschäft mit seinen Restriktionen durch die Rechtsprechung aufgehen konnte und für das das Abzahlungsgesetz bis heute keine Anwendung gefunden hat. Der Konsument erhält für eine bestimmte Anschaffung einen Kredit, wobei das Geld i. d. R. nicht direkt an ihn ausgezahlt, sondern meistens unmittelbar an den vom Konsumenten bezeichneten Verkäufer überwiesen wird. Die angeschafften oder andere Gegenstände werden, soweit andere Sicherheiten nicht ausreichen, der Bank sicherungsübereignet. Die übrigen Konditionen gleichen denen des Kleinkredits und, was das Sicherungseigentum anbelangt, dem B-Geschäft. Die schon im B-Geschäft nur noch aus Sicherheitsgründen aufrechterhaltene Betriebsbezogenheit des Kredits wird aufgegeben, während die Objektbezogenheit z. T. noch beibehalten wird. Als weitere Sicherheit wird dafür die gesamtschuldnerische Haftung des

---

1) OLG Köln NJW 66, 2217; OLG München NJW 69, 53; OLG Braunschweig BB 65, 837; Ostler/Weidner AbzG § 6 Anm. 90 m. w. Nachw.
2) TW 73, 2/20
3) Koch, Die Entwicklung a.a.O. S. 101
4) Errechnet nach Hoerter, Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 22

Ehegatten oder eine Bürgschaft und die Eröffnung eines Lohn- und Gehaltskontos beim kreditgebenden Institut verlangt. 1967, das Jahr der ersten Wirtschaftskrise nach dem Krieg mit 3 % Arbeitslosen und Lohnstagnation ist der Beginn des Konsumentenkreditbooms, gleichzeitig aber auch der Beginn einer sich beschleunigenden Inflation. Während 1967 das KK-Volumen noch mit 9,38 Mrd. DM [1] und die Inflationsrate mit 1,7 % angegeben wird [2], beträgt das Konsumentenkreditvolumen 1970 30,9 Mrd. DM, die Inflationsrate bereits 3,4 %, 1973 46,5 Mrd. und 6,9 %. Von den 9,38 Mrd. DM 1967 werden nur noch 3,157 Mrd. DM oder rund 30 % [3] von den Teilzahlungsbanken gewährt. Das B-Geschäft nimmt einen weiter verminderten Anteil von 3,8306 Mrd. DM ein, während das Anschaffungsdarlehen, das von den Geschäftsbanken und jetzt auch von den Teilzahlungsbanken auch unter den Namen "Privatdarlehen" oder "Persönliches Darlehen" angeboten wird, bereits mit einem Anteil von 2,484 Mrd. DM das B-Geschäft ersetzt hat [4]. Mit der wirtschaftlichen Krise und der neu formulierten staatlichen Wachstumspolitik [5] konnten sich die Banken im Konsumentenkredit gleichzeitig von aller staatlichen Reglementierung befreien. Am 1. 4. 1967 wurden die Zinsen im Teilzahlungskredit freigegeben und das sogenannte Wettbewerbsabkommen von 1936, in dem den Teilzahlungsinstituten Schranken in der Werbung auferlegt worden war, aufgehoben [6].

---

1) Nagel, Die Aufklärung des Verbrauchers, S. 11
2) FR v. 25. V. 74
3) Vgl. Jahresbericht des Wirtschaftsverbandes der Teilzahlungsbanken 1973 S. 8
4) Hoerter, a.a.O. S. 23
5) Vgl. dazu und zum Stabilitätsgesetz eingehend Huffschmid, Die Politik des Kapitals, 8. Aufl. 1972, S. 153 ff.
6) Kaminsky a.a.O. S. 58; Hoerter a.a.O. S. 39

In diesem Jahr, in dem mit der Lohnstagnation zusätzlich noch Konsumbedürfnisse aufgestaut waren, beginnen die Banken den Konsumentenkredit nach Formen, Inhalt und Quantität zu einem Hauptbestandteil ihrer Geschäftspolitik auszubauen. Massive Kreditwerbung, deren Volumen sich bereits zwischen 1960 und 1966 verfünffacht hatte [1], Herabsetzung der Kreditzugangsbedingungen und eingehende Marktforschung setzen in konzertierter Form ein. Anfang 1968 führen die Banken die Scheckkartengarantie ein und geben damit den Weg für den Kontoüberziehungskredit frei. In dieser Kreditform erhält der Konsument die Möglichkeit, bis zur einfachen, doppelten oder dreifachen Höhe seines monatlichen Einkommens sein Gehaltskonto zu überziehen und diesen Fehlbetrag spätestens 6 Monate nach Überziehung zu decken. Dieser Kredit, der etwas günstiger als die anderen Kreditformen verzinst wird, löste den Kleinkredit ab. Er bewirkt eine vorgezogene Entscheidung für ein Privatdarlehen, da in dem Fall, wo ein Ausgleich nach 6 Monaten nicht mehr möglich ist, die Umschuldung in einen Ratenkredit zum einzigen Mittel der Schuldentilgung wird. Der Kontoüberziehungskredit hatte für die Banken auch den Vorteil, daß der Konsument an die Bank seines Gehaltskontos gebunden wird und, da zur Aufnahme eines Privatdarlehens die Eröffnung eines Gehaltskontos zur Bedingung gemacht wurde, eine Kreditaufnahme bei einer anderen Bank unmöglich wird. Für die Umschuldung wird in vielen Fällen außerdem noch eine Gebühr erhoben, die eine besondere Gewinnmöglichkeit darstellt. Mit der Kombination von Privatdarlehen und Kontoüberziehungskredit mit Scheckkartengarantie [2] sowie dem hohen

---

1) Schmidt-Wegenast, Der Wandel in der Einstellung des Kreditwesens zum Konsumenten, Festschrift Kaminsky, S. 121 (140)

2) 1976 hatten 9, 5 Mill. Bundesbürger bereits eine Scheckkarte, Tagesspiegel v. 28. 9. 1976

Informationsstand der Banken über die Vermögensverhältnisse ihrer Kunden, einmal durch die ständige Kontoverbindung zum jeweiligen Konsumenten, zum anderen über die mit 17 573 779 Auskünften für das Jahr 1973 [1] gut entwickelte Schufa, war es gelungen, den Konsumentenkreditmarkt bis an die äußersten Grenzen auszuschöpfen. Das B-Geschäft wurde selbst von den Teilzahlungsbanken entweder ganz aufgegeben [2] oder zumindest in eine untergeordnete Rolle verdrängt [3]. Während der Konsumentenkredit sich 1968 gegenüber dem Stand von 1967 um 228 % auf 21,4 Mrd. DM [4] steigerte, nahm seine Form des B-Geschäftes sogar absolut ab [5]. Der Anteil des Nichtratenkredits betrug dabei schon 40 % gegenüber 60 % der Ratenkredite, so daß darin die weitere Steigerung des Konsumentenkreditvolumens auf 46,5 Mrd. DM im Jahre 1973 [6] bereits vorprogrammiert war. Während der Gesetzgeber in diesem Zeitraum nach seinem fünften Entwurf mit Formvorschriften und Widerrufsrecht eine praktisch minimale Reform des B-Geschäftes verabschiedete [7], ging die Rechtsprechung den umgekehrten Weg und erleichterte den Banken die Durchsetzung der Kredite in ihren Hauptformen, indem sie die abstrakte Berechnung des Verzugsschadens beim Darlehensverzug [8] sowie die Pauschalierung des Schadensersatzes [9] zuließ, sowie in der Trennungstheorie mit ihrer Konstruktio aus culpa in contrahendo [10] dogmatische Positionen wieder

---

1) TW 74 4/31
2) So die KKB-Berlin nach eigener Auskunft
3) Kaminsky a.a.O. S. 51
4) Jahresbericht des Wirtschaftsverbandes der Teilzahlungsbanken, 1973 S. 8
5) Krug, Konsumentenkredit in Vergangenheit und Gegenwart, TW 74 4/13, 14
6) Jahresbericht a.a.O.
7) Gesetz vom 1. 9. 1969 (BGBl I S. 1541) sowie Gesetz vom 15. 5. 1974 (BGBl I S. 1169)
8) BGH NJW 74, 895
9) OLG Hamm NJW 74, 1951
10) BGH NJW 71, 2303

aufgab [1]. Diese zivilrechtliche Aktivität von Gesetzgeber und Rechtsprechung geht mit der veränderten Wirtschaftspolitik nach 1967 konform, bei der über eine Fetischisierung des wirtschaftlichen Wachstums die Unternehmerfreiheit wieder zum Garanten des gesellschaftlichen Fortschritts erhoben wird. Allein von 1970 bis 1972 konnte der Konsumentenkredit der Banken somit ungehindert seinen Anteil an der Gesamtkreditherauslage von 4,5 auf 7 % [2] steigern.

Diese Verlagerung des Konsumentenkredits in das Bankeninteresse bedeutet jedoch nicht, daß die Interessen des Handels unberücksichtigt blieben. Auf einer höheren Stufe, nämlich der der kapitalmäßigen Verflechtung, haben sich Bank- und Handelsinteressen vereint, bei der etwa wie bei den drei Großkonzernen im Handelssektor: Karstadt, Neckermann, Horten und Kaufhof, die sämtlich von den drei Großbanken beherrscht werden [3] die Last der konkreten Betriebs- und Objektbezogenheit des Kredits mit ihren juristischen Risiken entfiel. Stattdessen erfolgte in den letzten Jahren eine konzertierte Produktwerbung von Handel und Banken; bei der der Kredit als Service mitangepriesen wird. Soweit, was bei den erwähnten Handelskonzernen sowie den drei Großbanken untereinander nicht notwendig ist, ein Konkurrenzinteresse eine konkretere Betriebsbezogenheit verlangt als die statistische Wahrscheinlichkeit, hilft eine gezielte Werbung sowie der örtliche Zusammenhang von Bankfiliale und Kaufhaus, der in West-Berlin bereits dazu führte, daß die Commerzbank eine Filiale in der Karstadt-Tochter Wertheim eröffnete. Die rechtlich fixierte Zusammenarbeit zwischen Bank und Handel im einzelnen Konsumentenkreditgeschäft machte 1972 nur noch 2,4 % der Kreditverkäufe des Handels aus,

1) Vgl. Strätz, Aushöhlung des Käuferschutzes, JR 76, 95 ff.
2) Geschäftsbericht der Deutschen Bundesbank für das Jahr 1972 S. 56
3) Im einzelnen dazu unten S. 287

während es 1962 noch 8,4 % [1] und 1952 noch 45 % [2] waren.

Dagegen begannen die großen Handelskonzerne nach amerikanischem Muster mit dem bargeldlosen Einkauf mittels einer Kreditkarte zunehmend Käufer direkt an ihren Betrieb zu binden. Gleichzeitig wurde durch diese Einkaufsform ebenso wie beim Kontoüberziehungskredit eine spätere Kreditaufnahme präjudiziert. Der Konsument, dem nach einer Kreditwürdigkeitsprüfung in einem bestimmten Kaufhaus ein "Kundenkonto" eröffnet wird, braucht beim Einkauf nur seine zu diesem Zweck überlassene Kreditkarte vorzuzeigen, wodurch sein Kundenkonto negativ belastet wird und am Monatsende durch Überweisung ausgeglichen werden muß. Die Kaufentscheidung ist dabei nicht mehr von vorhandenen finanziellen Mitteln, sondern von der Vorstellung über die eigene Finanzkapazität abhängig. Gelingt der Ausgleich am Monatsende nicht, so ist oft eine Umschuldung in einen Ratenkredit möglich, der dann bankmäßig abgewickelt wird. In dieser Form, die die Bargeldlosigkeit des Zahlungsverkehrs und damit die Geldschöpfungsmöglichkeiten der Banken vollendet, und die im wesentlichen dazu beigetragen hat, daß der Anteil der offenen Buchkredite an der Gesamtherauslage der Handelskredite von 71,2 % 1962 auf 86,5 % 1972 gestiegen ist und die Kreditherauslage des Handels relativ konstant bei ca. 13 % des Umsatzes blieb [3], arbeiten etwa in Stuttgart 100 verschiedene Einzelhandelsunternehmen mit der City-Kundenkarte [4], der Hertie-Konzern mit der "Goldenen Kundenkarte" und das größte Einzelkaufhaus der Bundesrepublik mit der "Breuninger Kundenkarte".

---

1) Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels, 26. Arbeitsbericht 1973 S. 18
2) Koch, Die Entwicklung ... a.a.O. S. 20
3) 26. Arbeitsbericht der Hauptgemeinschaft ... a.a.O.
4) TW 74 1/28

Gleichwohl wird diese Kreditform sich im Gegensatz zur US in der jeder Bürger ein "Mäppchen (hat), dessen Inhalt - einer Zieharmonika gleich - eine Sammlung von Ausweisen ist" [1], gegen die Scheckkarte auch nicht durchsetzen können [2].

Die Kreditkarten von Bankinstituten wie die EUROCARD, AMEXCO und Diner's Club, bei denen das Emissionsinstitu gegen eine Gebühr jedem Händler die Bezahlung eines mit dieser Karte getätigten Geschäftes garantiert, wendet sich nur an Firmen und Personen mit hohem Einkommen. Für den Konsumentenkredit werden diese Karten kaum relevant.

Eine weitere Form des Konsumentenkredits, das Finanzierungs-Leasing, hat ebenso wie die Kundenkarten nur untergeordnete Bedeutung erlangt [3]. Dabei überwiegen bei beteiligten Kreditgebern und Händlern im Konsumenten-Leasing die Interessen, durch die "Miet"-Konstruktion steuerliche Vorteile zu erhalten, den Schutzvorschriften des Abzahlungsgesetzes zu entgehen sowie neue Käuferschichten durch das Angebot eines fortlaufenden Service (Wartung, Reparatur etc zu erschließen [4]. Obwohl in der Regel der Leasing-Nehmer für die Laufzeit der Leasing-Verträge für 3 bis 6 Jahre an den Vertrag wie beim Abzahlungskauf gebunden ist und durch die Ratenzahlungen der Kaufpreis plus Kreditzinsen und Wartungsgebühren erreicht wird, bezeichnen die Leasing-Gesellschaften in ihren Formularen das Rechtsverhältnis als Mietverhältnis [5].

Dieser Mietcharakter soll z. T. dadurch unterstrichen wer

1) Effer, Die Bedeutung des Konsumentenkredits für den deutschen Einzelhandel, Festschrift Kaminsky S. 95 (103)
2) TW 73 4/40
3) Weber, Leasing-Gesellschaften in der BRD, TW 73 5/10
4) Mosel, Leasing contra Abzahlungsgesetz, NJW 74, 1454
5) Formular der Walter Scholz KG Leasing-Gesellschaft Berl

den, daß das für bestimmte Zeit eingegangene Mietverhältnis für die gesamten Leasingkosten beendet wird und der Restbetrag durch eine Verwertung des zurückgenommenen, zu 90 % "verbrauchten" Leasing-Gegenstandes aufgebracht wird. Die übrigen Bestimmungen, wie die besonderen Kündigungsrechte und die sofortige Fälligkeit der Gesamtsumme bei Zahlungsverzug sowie die bekannten Klauseln des Abzahlungsgeschäftes finden sich für die Konstruktion des Mietvertrages entsprechend umformuliert in den Formularverträgen. Die in den Mietraten versteckten Kreditzinssätze entsprechen den Sätzen der Ratenkredite zwischen 10 und 26 % p.a. [1] In den meisten Fällen wird das Leasing heute durch Tochtergesellschaften der Teilzahlungsbanken finanziert [2], so daß sich im Finanzierungsleasing nichts anderes wiederfindet, als die Fortentwicklung des "Mietkaufs" bzw. "Möbelleihvertrages" zum "Finanzierten Mietkauf" analog dem finanzierten Abzahlungskauf.

Die Betriebsbindung kann zudem noch dadurch verstärkt sein, daß sich der Konsument verpflichtet, nach Verbrauch eine Ersatzbeschaffung auf gleicher Grundlage bei der Vertragsfirma zu tätigen.

Von der 8 %igen Verzinsung von Überziehungskrediten, der 16-20 %igen Verzinsung beim Leasing über die 8,7-16 %ige Verzinsung der Anschaffungsdarlehen bis zu den Handelskrediten, die mit bis zu 20 % p.a. verzinst werden, ergibt sich auch 1976 keine Alternative zwischen der Verwendung von Spargeldern, die mit 4 % unterhalb der Inflationsrate verzinst werden, und einer Kreditaufnahme. Mit dem Konsumen-

---

1) Bei einer Laufzeit von drei Jahren betrugen die Leasingkosten 25-33 % des Anschaffungspreises, was einem Effektivzins zwischen 16,4 % und 21,4 % entspricht.

2) So etwa die ABC-Bank TW 74 4/41

tenkredit sind daher über 100 Jahre hinweg gleichbleibend die vermögenslosen Schichten, d. h. vor allem die lohnabhängige Bevölkerung, betroffen. Seit 1930 sind die Arbeiter mit ca. 55 %, die Angestellten mit ca. 26 %, die Beamten mit 8 %, Rentner und andere mit ca. 11 % gleichbleibend betroffen [1]. 7,9 Mrd. DM, die die Banken 1973 an Zinsen im Konsumentenkredit einnahmen [2], entfielen daher wie eine schichtenspezifische Preiserhöhung langlebiger Konsumgüter auf die kreditabhängigen Lohn- und Gehaltsempfänger [3]. Sie sind daher auch die Zielgruppe der Bankenstrategie im Konsumentenkredit: "Kleinkredite, Anschaffungsdarlehen, Dispositionskredite, Überziehungskredite bei Lohn- und Gehaltskonten und Scheckkarten suchen einander im Ringen um den kreditwürdig gewordenen Arbeitnehmer auszustechen." [4] "Für die Banken besteht kein Zweifel daran: Das Konsumenten-Bankgeschäft ist unser Geschäft und jede Finanzierungsgesellschaft wird versuchen, ihren Anteil hieran zu gewinnen." ... "Der Konsument wird zum bedeutendsten Kreditnehmer, zum bedeutendsten Sparer und ein wichtiger Partner im Zahlungssystem." [5]

---

1) Vgl. die Angaben für 1934 und 1953 bei Koch, Die Entwicklung ... a.a.O. S. 32; für 1968 bei Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken S. 73; für 1971 und 1972 TW 73 5/34, wobei die darin enthaltenen gewerblichen Kreditnehmer herauszunehmen waren

2) Diese Zahl ergibt sich, wenn man das Konsumentenkreditvolumen von 1973 von 49,3 Mrd. DM mit einer durchschnittlichen Verzinsung von 16 % berechnet.

3) Keynes: Allgemeine Theorie der Beschäftigung, des Zinses des Geldes, 3. Aufl. 1966, S. 223: "In der Tat wird einer Bewegung der Unternehmer, die Geldlohnabkommen nach unten zu berichtigen, ein viel größerer Widerstand entgegengesetzt werden als einer allmählichen und automatischen Senkung der Reallöhne als Folge steigender Preise."

4) Herrmann, Die Bedeutung der Konsumfinanzierung für den Absatz langlebiger Konsumgüter, Festschrift W. Kaminsky, S. 79

5) Stefan Kaminsky, Märkte der Finanzierungsgesellschaften in der Zukunft, TW 74 4/16 (17)

Als notwendige Randerscheinung, die diese Entwicklung im Konsumentenkredit mit sich brachte, haben nicht nur die Pfandleihinstitute einen Aufschwung erlebt [1]. In den "Marktlücken" haben sich vor allem in den letzten Jahren eine Vielzahl von Kreditvermittlern und Geldinstituten etabliert, die einmal davon profitieren, daß ca. 20 % der Konsumenten wegen Kreditunwürdigkeit bei den Banken abgewiesen werden [2], zum anderen aber von der Unbeholfenheit der Unterschichten leben, die sich eher mit dem Geldgeschäft an der Ecke oder der postalischen Geldanforderung nach einer Zeitungsannonce zurechtzufinden glauben, als in der sterilen Bankatmosphäre. Daß sie dabei im Endeffekt ihre soziale Not, deren Ausdruck gerade die Kreditunwürdigkeit ist, und ihr geringes Bildungsniveau mit Zinssätzen bis zu 100 % p. a. bezahlen müssen [3], merken sie erst nach Vertragsabschluß. Die durch die Konsumentenkreditpolitik der Großbanken und Warenhauskonzerne in finanzielle Abhängigkeit gebrachten Arbeitnehmer, deren Widerstandskräfte gegen eine weitere Verschuldung durch breite Suggestivwerbung abgebaut sind, werden durch Kleinanzeigen mit z. T. unwahren, z. T. durch ihre Unvollständigkeit entstellenden Informationen förmlich überschüttet. In der Berliner Zeitung [4] vom 14. 11. 1974 erschienen 59 Kleinanzeigen und 11 Großanzeigen von 36 Kreditinstituten, die Konsumentenkredite "per Telefon", "per Post" etc. anboten. Daß es sich dabei nicht um einen behebbaren Schönheitsfehler im Konsumentenkredit, der auf Informationsmangel beruht, handelt, beweisen die Anzeigen selber, die sich an "Westdeutsche, Rentner, 21jährige ohne Bürgen" [5], an "Verheiratete ohne

---

1) Ihr Umsatz erhöhte sich von 1973 auf 1974 um 11 % - Tagesspiegel v. 10. XI. 1974 S. 10
2) Auskunft eines Bankenvertreters
3) Vgl. die tabellarische Übersicht der Kosten in der Zeitschrift "Test" Stiftung Warentest, 9. Jhrg. Nr. 10, 1974
4) Entsprechend der "Bild-Zeitung"
5) Die Anzeige der KKF

Ehepartner, Ledige, Ausländer, Rentner" [1] sowie "Trotz h
her Belastung noch Bargeld" [2] wenden. Diese Institute, die
mit der 1967 einsetzenden Konsumentenkreditexplosion wie
Pilze aus der Erde schossen [3], sind nicht nur die notwen-
dige Komplementärerscheinung der Kreditstrategie der Groß
banken, sondern verwerten auch deren Geld, indem sie ent-
weder Kredite der Teilzahlungsbanken direkt vermitteln und
durch ihre Zwischenschaltung diese von dem unansehnlichen
Geschäft befreien, mit Wucherzinsen das erhöhte Risiko bei
diesen Kunden zu kompensieren oder indem sie sich unab-
hängig von ihrer einzelnen Kreditgewährung über ein undurch
sichtiges Gefüge von beteiligten Gesellschaften [4] auf dem
Geldmarkt, d. h. also vor allem bei den Banken, refinanzie
ren.

Diese pathologischen Symptome des Konsumentenkreditge-
schäfts wurden nach 1970 von der Presse und den Verbrau-
cherverbänden unter dem Stichwort "Kredithaie" ins Bewußt-
sein der Öffentlichkeit gehoben. [5]

Es hätte nahegelegen, diese in der öffentlichen Meinung in-
zwischen stark beachtete Problematik in eine Regelung im
Abzahlungsgesetz, dessen Novellierung ja beraten wurde,
einzubeziehen [6]. Die Banken, die sich bewußt waren, daß
mit der Regelung der Darlehen der Kredithaie das freie Da

---

1) Mehley
2) IFB
3) Ähnliche Phänomene auch in Großbritannien, vgl. TW 74 1/
4) Vgl. das Beispiel der Franz Hubinger GmbH im Schwarzbuc
des Rheinischen Sparkassen- und Giroverbandes "Vorsicht
Kredithaie", das inzwischen eingezogen ist
5) 1972 berichtete der "Stern" (Nr. 35 v. 22. VIII. 1972) und
"Verbraucher rundschau" (heft 8 august 1972) darüber, 197
die Zeitschriften "test" (a.a.O.), "ADAC-Motorwelt" (Okto
ber 1974) sowie "Die Zeit" (Nr. 22 v. 24. 5. 74) darüber.
6) Allein Hessen brachte einen Novellierungsvorschlag zu § 13
Abs. 2 BGB im Bundesrat ein, der mit Gesetz vom 29. 7. 19
(BGBl I S. 2034) zu einer geringfügigen Änderung des Wort
lauts führte, ohne das subjektive Element aufzugeben.

lehen und damit letztlich der Konsumentenkredit insgesamt ins Blickfeld der Öffentlichkeit geraten würde, wußten jedoch diesen Druck von sich abzuleiten. Mit einer Großanzeige stellte sich der Bundesverband deutscher Banken an die Spitze der Bewegung gegen Kredithaie und warnte mit dem Slogan "Offerte oder Köder" vor diesen Geschäften. Mit seiner darin fettgedruckten Behauptung "Niemand braucht sich einem Kredithai auszuliefern" verdrängte er die Problematik in den Bereich einer mißlungenen Entscheidung irregeleiteter Verbraucher, die aus eigener Unerfahrenheit nicht ihren Kredit bei verbraucherfreundlichen Banken nehmen.

V. Die Perspektive im Konsumentenkredit

Die wachsende Verschuldung der lohnabhängigen Konsumente die mit 4494,- DM pro Arbeiterhaushalt und 2932,- DM pro Angestellten- und Beamtenhaushalt 1975 [1] bereits (ohne Handel und Kredithaie) mit mehr als dem frei verfügbaren Teil eines ganzen Jahreslohnes allein an die Banken verschuldet sind, wird zur Bedingung der Gewinnerzielung der Banken, zur Absatzbedingung der Konsumgüterindustrie und der Handelskonzerne und damit zur Bedingung des wirtschaftlichen Wachstums im System der Marktwirtschaft schlechthin [2]. Ein Bankfachmann beschreibt die Zukunft folgendermaßen: "Der bargeldlose Zahlungsverkehr (wird) ... ein totales, d. h. alle Wirtschaftssubjekte einschließendes Verrechnungssystem werden" [3]. In diesem System, in dem die Banken die Grundlinien der Geldschöpfungspolitik und damit der allgemeinen Wirtschaftspolitik bestimmen, wird jeder Konsument ebenso wie der Staat in allen seinen Untergliederungen ständig und in steigendem Maße an die Banken verschuldet sein, die "sich im Zuge dieser Entwicklung in immer stärkerem Maße in die Beratung der privaten Haushalte (...) einschalten (werden)" [4], um die rechtlich abgesicherte Verfügungsmacht über das Budget der privaten Haushalte dazu zu nutzen, den Verbraucher "zum Mehrkauf in der nachgefragten Leistung oder zum Kauf von im Augenblick nicht nachgefragten anderen Leistungen der Bank zu bewegen" [5].

---

1) Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 191. Die üblichen Angaben der Pro-Kopf-Verschuldung beziehen sich willkürlich auf die Gesamtzahl der Bevölkerung (vom Baby bis zum Millionär) und liegen daher weit darunter, vgl. TW 73 3/34 wo 729,- DM für 1972 angegeben sind.

2) Vgl. Katona, Die Bedeutung des Konsumentenkredits in der Wirtschaft der USA, Festschrift Kaminsky S. 219 (226)

3) Slevogt, Marketing im Bankgeschäft, Festschrift Kaminsky 1969 S. 190 (194)

4) A.a.O.

5) A.a.O. S. 213

Aus den Vertragswerken der Kreditverträge werden Verhaltenspflichten nichtnur bezüglich der im Sicherungseigentum der Bank stehenden Gegenstände hervorgehen, und über Bürgschaft und gesamtschuldnerische Haftung wird das Familienleben miteinbezogen. Als Gläubiger ist der Kreditgeber permanent im Recht. Er bestimmt das Maß der Berücksichtigung sozialer Belange im Wirtschaftswachstum. Und wo die Konkurrenz ihn zwingt, selbst auf moralische Großzügigkeit zu verzichten, fallen die Lasten, wie es schon heute in Strafprozessen gegen überschuldeten Delinquenten bei Vermögensdelikten, in Mietprozessen und bei der Sozialhilfe deutlich wird, der fürsorgerischen oder präventiven Leistung der Allgemeinheit zu.

Das Problem besteht jedoch nicht in der Rückkehr zum "Herrn Schuldenfrei", einer Form der Maschinenstürmerei, in der nicht erkannt wird, daß jedes Geld, auch das Zentralbankgeld, einen Kredit darstellt. Es kommt darauf an, diese sich über das Geld und seine juristischen Formen des Vertrags vermittelnden Herrschaftsbeziehungen als gesellschaftliche Beziehungen zu erkennen und den Prinzipien sozialer Gerechtigkeit in einer auch für die Wirtschaft gültigen Demokratie zu unterwerfen. Aus der historischen Entwicklung der Vergesellschaftung der Verteilungsformen im Konsumentenkredit und der dazu in wachsendem Widerspruch stehenden individualistischen Rechtsformen und Rechtsdogmen ist zu lernen, wie Rechtsformen zu entwickeln und zu formulieren sind, in denen der Mensch wieder im Mittelpunkt der Wirtschaft, d. h. konkret hier der Verteilungsmechanismen zur individuellen Konsumtion steht.

Diese geschichtliche Entwicklung zeigt, daß bisher insbesondere durch Rechtsprechung und Lehre das Recht den Interessen der Kreditgeber und Händler immer wieder angepaßt

wurde, indem auf ein wirtschaftliches Bedürfnis, auf faktischen Gebrauch oder auf notwendige Rationalisierungseffekte hingewiesen wurde. Angefangen vom Möbelleihvertrag über den Eigentumsvorbehalt, das Sicherungseigentum, die Formularverträge bis zum pauschalierten Schadensersatz konnte die Wirtschaft das Recht gestalten. Die entscheidende Frage besteht darin, ob es gelingt, im Gegensatz zur bisherigen Entwicklung die Wirtschaft rechtlichen Prinzipien zu unterwerfen, in denen die Interessen und Bedürfnisse der Mehrheit der Verbraucher sowohl was ihre Form als was ihren Inhalt anbetrifft zur Geltung gebracht werden. Der hierzu notwendige politische Prozeß kann durch eine theoretische Arbeit nicht ersetzt werden. Diese Arbeit kann jedoch versuchen, die Elemente aus der herrschenden Rechtsdogmatik und Rechtsanwendung herauszuarbeiten und weiterzuentwickeln, die auf die Probleme der Bevölkerung antworten können und damit geeignet sind, politischen Fortschritt zur Demokratisierung der Gesellschaft auch zivilrechtlich auszudrücken.

DRITTER TEIL
DAS RECHT DES KONSUMENTENKREDITS - SOZIALE PROBLEMATIK UND ZIVILRECHTLICHE BEWERTUNG

Grundlegende allgemeine Strukturen eines Konsumentenkreditrechts sind in der Literatur nicht aufzufinden. Bis auf eine Ausnahme [1] gibt es nicht einmal den Versuch, dieses Rechtsgebiet, das sich für den verschuldeten Verbraucher als Einheit zeigt, zusammenfassend darzustellen. Diesen Bereich gleichwohl als Rechtsbereich zu konstituieren, bedeutet daher, von dort auszugehen, wo die Einheitlichkeit unmittelbar gegeben ist, d. h. von den sozialen Problemen der Verbraucher im Konsumentenkredit.

Dabei lassen sich vier soziale Problembereiche unterscheiden:

1. Der Verbraucher will seine Raten nicht bezahlen, weil das Ziel seiner Kreditaufnahme, eine ungestörte Konsummöglichkeit, nicht erreicht worden ist (Problem des Einwendungsdurchgriffs),

2. der Verbraucher kann die Raten nicht bezahlen, weil er aufgrund von Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, Krankheit und anderer finanzieller Not vorübergehend oder dauernd zahlungsunfähig geworden ist (Problem der Zahlungsunfähigkeit),

3. der Verbraucher wird wegen zurechenbarer Leistungsstörungen in einem Maße in Anspruch genommen, daß das ursprüngliche Austauschverhältnis in eine Bereicherung der Kreditgeber umschlägt, und

---

1) Reich, Verbraucherkredit, Handbuch des Verbraucherrechts, Hrsg. AgV/DGB, Gruppe 50

4. der Verbraucher ist aufgrund sozio-ökonomischer Barrieren gehindert, seine materiellen Rechte gegenüber den Kreditgebern faktisch durchzusetzen.

In den beiden ersten Problembereichen geht es dabei um die Auswirkungen der Isolierung von Konsum, Arbeitseinkommen und Konsumentenkredit in der Zivilrechtsdogmatik und ihre Überwindung.

Bei der Abwicklung notleidender Kredite steht das Problem im Vordergrund, inwieweit die austeilende Gerechtigkeit im funktionellen Synallagma schon formal zugunsten der Kreditgeber verändert wurde und wie eine austeilende soziale Gerechtigkeit zivilrechtlich zu gestalten wäre.

Das vierte Problem, die Verwirklichung bestehender Rechte des Verbrauchers, betrifft das materielle Recht insgesamt, d. h. wie tauglich die Zivilgerichtsbarkeit für den Verbraucherschutz ist. Diese kaum zu unterschätzende "Rechtsproblematik" wurde bereits ausführlich an anderer Stelle behandelt, worauf hier nur verwiesen werden soll [1].

A Zahlungseinstellung aufgrund einer Störung im kreditvermittelten Konsum

Die wohl intensivste juristische Diskussion hat das Problem des Einwendungsdurchgriffs aus dem Erwerbsgeschäft im Kreditverhältnis im finanzierten Abzahlungsgeschäft hervorgerufen. Dort, wo Kreditgeber und Veräußerer offen zusammenarbeiten, wurde das Problem der rechtlichen Trennung beider Geschäfte voneinander besonders bewußt.

---

1) Vgl. ausführlich Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 240, 282; ferner Caplowitz, Consumers In Trouble, S. 177-270; w. Nachw. s. u. S. 184 Fn. 2

Es handelt sich jedoch nur um den mehr oder minder zufälligen Ausdruck des sozialen Problems im gesamten Konsumentenkredit, daß die gesellschaftliche Einheit der Verfügbarkeit des Einkommens durch Kredit und der Zweck dieser Verfügbarkeit, der Konsum, rechtlich nur dann berücksichtigt wird, wenn zufällig beide, wie im einfachen Abzahlungsgeschäft oder Leasing, in einem Rechtsverhältnis verschmolzen sind. Das generelle Verständnis dieses Problems ist daher auch Voraussetzung, um die vielen Versuche, einen Einwendungsdurchgriff im finanzierten Abzahlungsgeschäft zu konstruieren, verstehen zu können.

I Das soziale Problem

Banken und Handel wirken im Konsumentenkredit gemeinsam beim Absatz langlebiger Verbrauchsgüter mit. Nach dem "erwerbswirtschaftlichen Prinzip" [1] versuchen beide, in ihrem

1) "Es verlangt, daß die Unternehmungen einen möglichst hohen Gewinn auf das investierte Kapitel erzielen."
Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, S. 8

Teil des Geschäftes einen möglichst hohen Gewinn zu erzie
d. h. die Kosten ihres Geschäfts bei möglichst hohem Prei
niedrig zu halten. Als Kosten in diesem Sinne erscheinen e
höhte Lagerkosten, die daraus entstehen, daß bestimmte W
ren in ihrer konkreten Beschaffenheit die kaufkräftige Nach
ge verfehlen und als "Ladenhüter" unverkäuflich sind. Fehl
und Schäden einer Ware in der Fertigung, während der Lag
rung, beim Transport oder beim Aufstellen des Gutes in de
Wohnung des Verbrauchers erscheinen als Kosten der Mäng
beseitigung. Ein dritter Kostenfaktor ergibt sich daraus, da
der Veräußerer zahlungsunfähig wird oder aus anderen Grü
den seine Verpflichtungen nunmehr als Belastungen der Kre
ditgeber oder Verbraucher erscheinen [1]. Da die Kalkulatio
der einzelnen Kreditgeber unabhängig von den gesamtgesell-
schaftlichen Kosten erfolgt, genügt es für die erwerbswirt-
schaftliche Zielsetzung eines Unternehmens, daß die Kosten
eines Geschäftes nicht im eigenen Geschäftsbetrieb, sonder
entweder beim Konkurrenten oder beim letzten Verbraucher
anfallen. Der dabei insgesamt beim kreditvermittelten Absa
langlebiger Verbrauchsgüter zu erzielende Gewinn, in den s
Handel und Banken teilen müssen, kann letztlich nur durch
Kostenabwälzung auf den Verbraucher erhöht werden [2]. Di
typische Überwälzung von Geschäftskosten auf den Verbrauc
erfolgt über die Preise. In dieser Form sind alle Verbrauc
einer bestimmten Leistung gleichmäßig betroffen. Durch die
Konkurrenz verschiedener Anbieter derselben oder substitui
barer Leistungen sind dieser Überwälzung jedoch Grenzen g

---

1) Bei Dienstleistungen ergeben sich diese Kosten entsprechen
als Kosten unterdurchschnittlicher, schlechter Erfüllung, a
Kosten eines ungenutzt gebliebenen Dienstleistungsangebots
und schließlich als Kosten aus der Zahlungsunfähigkeit des
Dienstleistenden.

2) "Die Gesamtheit der Kapitalistenklasse eines Landes kann
nicht selbst übervorteilen." Marx, Das Kapital Bd. 1 MEW
177

setzt [1].

Zivilrechtlich relevant sind allein diejenigen Kosten, die im Unterschied zum normalen Verlauf eines Geschäfts nur in einem einzelnen Vertragsverhältnis relevant werden. Soweit es sich hier um in der Regel unerwartete Kosten handelt, ist mit den Mitteln des zivilrechtlichen Haftungsrechts zu entscheiden, wem die oben aufgeführten Risiken beim kreditvermittelten Absatz langlebiger Konsumgüter zugerechnet werden sollen.

Während sich bei mangelhafter Leistung der zivilrechtliche Anknüpfungspunkt unmittelbar in den Begriffen Mängelhaftung und Produzentenhaftung ergibt, erscheint das Problem der Lagerkosten bzw. erhöhter Gewinnerzielung durch einen intensivierten Absatz im einzelnen Vertragsverhältnis erst dadurch zivilrechtlich relevant, daß aufgrund allgemeiner Beeinflussung der Vorstellungen durch die Werbung oder aufgrund individueller Täuschung der Abnehmer einen Gegenstand erwirbt, der für ihn nutzlos ist und dessen Erwerb auch gesamtgesellschaftlich gesehen nur Kosten verursacht hat, die zu verteilen sind. Der rechtliche Ausdruck dieses Problems der Kostenverteilung findet sich in der Regelung der arglistigen Täuschung (§ 123 BGB) der Sittenwidrigkeit (§§ 138, 826 BGB), der zugesicherten Eigenschaften (§ 459 Abs. 2 BGB), des Irrtums (§ 119 BGB) und des unlauteren Wettbewerbs (§§ 1, 3 UWG), soweit die Werbung betroffen ist.

---

1) Die rechtlichen Grenzen (mit Ausnahme der Wuchergrenze des § 138 Abs. 2 BGB) dieser Preispolitik gehören nicht in den Bereich des Zivilrechts, sondern entsprechend ihrem Grad der Allgemeinheit in den Bereich des öffentlichen Rechts.

Sollen diese Probleme im Konsumentenkredit aber anders behandelt werden als im Barkauf? Auch im Barkauf beeinträchtigen Täuschung, Sachmängel und Konkurse die Verbraucher. Geht man davon aus, daß die Kreditgeber nicht für den ungestörten Erwerb des von ihnen finanzierten Konsumgutes haften, so scheint der Gleichheitsgrundsatz gewahrt, da dem Kreditkäufer ebenso viele oder wenige Rechte gegenüber dem Händler zustehen wie dem Barkäufer.

Die Situation im Konsumentenkredit ist jedoch sowohl was die Geschäftsart angeht wie auch was die subjektive Situation des Kreditnehmers betrifft prinzipiell von der Situation des Barkaufs verschieden. Während auf der Seite der Kreditgeber und Veräußerer ein Mehr an Gewinn ein Mehr an Haftung nahelegt, entspricht dem auf der Seite der Konsumentenkreditnehmer die Folgerung, daß ein Mehr an Pflichten und Belastungen einem Mehr an Rechten entsprechen muß. In den folgenden Ausführungen sollen diese beiden Seiten des Konsumentenkredits als Grundlage für die Diskussion einer generellen Haftung der Kreditgeber für das Erwerbsgeschäft näher beschrieben werden, bevor auf die Probleme der Täuschung, Mängelhaftung und des Händlerkonkurses im Bereich des Konsumentenkredits gesondert eingegangen wird.

1. Der Verkauf der Kaufkraft als Warenverkauf

Soll der Kreditgeber als Verkäufer der Ware Geld für den Verkauf einer anderen Ware, des Konsumguts oder der Dienstleistung, einstehen?

Im Kauf auf Kredit hat der Konsument zweimal einen Preis zu zahlen, durch den zweimal ein Gewinn erzielt wird, ohne daß dadurch für ihn zwei Konsummöglichkeiten entstehen. Lediglich die im Erwerbsgeschäft erzielte Konsummöglichkeit wird durch den Kredit in zeitlicher Hinsicht beeinflußt. Trotzdem erscheint es, als ob der Kreditgeber eine selbständige Ware liefert, an der weder Mängel noch Irrtümer über ihre Eigenschaften möglich sind und bei der eine Produktion am Bedürfnis ihrer Käufer vorbei ausgeschlossen ist. Das Geld erscheint prinzipiell mangelfrei, so daß sein Absatz keine entsprechenden Kosten hervorrufen kann.

Für den Konsumenten ist das Geld jedoch nur Symbol der Ware, Verrechnungseinheit zwischen seiner Arbeitszeit und seinen Konsumwünschen. Erst durch den Tauschprozeß im Erwerbsgeschäft vergegenständlicht sich diese leere Hülle in einer Konsummöglichkeit, deren Gebrauchswert für die Interessen der Konsumenten allein den Wert des aufgenommenen Kredites bestimmt.

Ist der Wert des Konsumgutes durch Mängel oder aufgrund eines durch Täuschung veranlaßten Fehlkaufs gemindert oder gar durch Händlerkonkurs vollständig entfallen, so ist für ihn auch der Wert der für diesen Zweck erworbenen Kaufkraft entsprechend gemindert oder weggefallen. Aus diesem notwendigen Zusammenhang schöpfen die Banken ihrerseits Gewinn, indem sie wie früher in geschäftliche Transaktionen jetzt auch in die individuelle Konsumtion investieren. Den Zusammenhang stellen sie auch in ihrer Werbung für Konsumentenkredite deutlich heraus.

Nur noch vereinzelt wird das spiegelblanke Markstück als solches zum Verkauf angepriesen. Überwiegend findet man in den Schaufenstern und Broschüren der Kreditinstitute Gebrauchs-

werte angepriesen, wie etwa im Frühjahr glitzernde mangelfreie Autos, im Sommer unbeschwerten und sorgenfreien Urlaub und vor Weihnachten vom Farbfernseher bis zur Waschmaschine alle denkbaren Gebrauchsgüter [1]. Die Kaufkraft wird z. T. auch schon in der Benennung ihrem materiellen Substrat zugeordnet, wenn vom "Familiengründungs"darlehen, vom Persönlichen "Auto"-Darlehen oder vom "Einrichtungs"darlehen die Rede ist. Auch in ihrer Preiskalkulation verhalten sich Verkäufer jener eigenartig nutzlosen und scheinbar so wertvollen Ware Geld wie Verkäufer von Konsumgütern.

Rechnet man die oben genannten Risiken wie Mängel, Täuschung , Konkurs, die sich nur mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit in einzelnen Geschäften realisieren, den Kreditgebern zu, so werden die entsprechenden Kosten als "meinkosten" auf die Kreditkosten umgelegt und belasten alle Verbraucher in gleicher Weise, beeinträchtigen u. U. jedoch auch die Attraktivität, die der Konsumentenkredit gegenüber dem selbstfinanzierten Kauf hat. Rechnet man die Realisierung eines solchen Risikos dem im Einzelfall betroffenen Verbraucher zu, so trägt dieser ohne Abwälzungs- und Verteilungsmöglichkeit die gesamten Kosten als "Einzelkosten" [2].

---

1) "damit Ihr Leben 'farbiger' wird" wirbt mit dem Abbild eines Farbfernsehers das Persönliche Anschaffungsdarlehen der Berliner Disconto Bank; von der gleichen Bank das Persönliche Auto-Darlehen "damit Sie ein neues Fahrgefühl erleben" oder bei der BHI die Abbildung eines Autos, einer Wohnzimmer-Kücheneinrichtung sowie eines griechischen Tempels (Urlaub in einer Werbebroschüre für das BHI-Privatdarlehen)

2) "Einzelkosten werden unmittelbar den Kostenträgern, z. B. einer bestimmten Leistung oder einem bestimmten Auftrag, zugerechnet, ... Gemeinkosten dagegen lassen sich nicht direkt einer die Leistung zurechnen, da sie für mehrere oder alle Leistungen der Kostenbereiche entstanden sind." Wöhe, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 881.

Die Entscheidung darüber, ob ein bestimmter Kostenfaktor den Kreditgebern oder den Verbrauchern zuzurechnen ist, wird zur Frage, ob die Verbraucher kollektiv in den erhöhten Preisen bestimmte Risiken zu tragen haben oder ob diese Risiken von einzelnen zu tragen sind. Es geht also letztlich nicht um die zivilrechtliche Umverteilung von Kosten zwischen Kreditnehmer und Kreditgeber, sondern um ihre gerechte Verteilung auf die Verbraucher [1]. Da allein die Kreditgeber durch die Vielzahl ihrer gleichartigen Geschäfte Kosten als Gemeinkosten verrechnen können, ist die Lösung der Rechtsfrage, wer im einzelnen Geschäft welche Risiken zu tragen hat, eine Entscheidung über den gesellschaftlichen Charakter einer Kostenverursachung.

2. Der Konsumentenkreditnehmer im Erwerbsgeschäft

Die Situation des Konsumentenkreditnehmers im Erwerbsgeschäft ist mit der Situation des selbstfinanzierten Käufers auch subjektiv nicht vergleichbar.

Dem Barkäufer steht nach dem Konsumgütererwerb sein Einkommen ungeschmälert zur Verfügung. Der Ansparvorgang ist abgeschlossen und liegt in der Vergangenheit. Ein unmittelbarer Bezug zu den einzelnen Sparleistungen kann nicht mehr hergestellt werden. Bei Mängeln, Täuschung oder anderen Störungen des Erwerbsgeschäftes wird im wesentlichen ein in der Vergangenheit liegender Vorgang des Sparens betroffen, während beim Konsumentenkredit durch die Ratenzahlung monatlich das Äquivalent für die Konsumtion aufzubringen ist: "Ihre neuen Möbel für monatlich DM 101,--." [2] Ist die Konsummöglichkeit

---

1) Vgl. Esser, Das Verhältnis vom Kaufvertrag und Darlehensvertrag, Festschrift Kern S. 115

2) Anzeige der Dresdener Bank in der Frankfurter Rundschau vom 22. X. 1976 S. 26

gestört, so hat der Konsument keine Möglichkeit, den Zahlu
vorgang zu unterbrechen, um mit diesen Mitteln kompensato
sche Ausgaben zu machen. Während der Barkäufer z. B. ei
Pkw im Falle mängelbedingten Nutzungsausfalls seinen Anspa
vorgang für den nächsten Pkw oder ein anderes Konsumgut u
terbrechen kann, um damit die zusätzlichen Kosten für öffen
che Verkehrsmittel und sonstige Ausgaben zu kompensieren,
bleiben die Einkommensteile des Kreditnehmers gebunden, w
das Konsumgut nicht genutzt werden kann. Hinzu kommt, da
der Konsumentenkreditnehmer durch die Zinsen, die seine A
schaffung in der Regel um etwa ein Drittel verteuern, erheb
lich stärker in seinem Einkommen belastet ist als derjenige
der aufgrund seines Einkommens und Vermögens in der Lag
ist anzusparen bzw. auch ohne anzusparen bar zu zahlen.

Kann gegen den Händler oder das Dienstleistungsunternehme
der Nachbesserungs- oder Rückgewähranspruch wegen Insol-
venz nicht mehr durchgesetzt werden, so verliert der Konsu
mentenkreditnehmer nicht nur wie der Barkäufer den Kaufpr
sondern zusätzlich den Preis der Kaufkraft, d. h. die Zinse
da mit dem Wegfall der Konsummöglichkeit gleichzeitig auch
die zeitliche Vorverlagerung wegfällt. Für den Konsumenten
kreditnehmer ist daher im Falle des Händlerkonkurses bei
mangelhaftem oder nicht erfülltem Kaufgeschäft sowohl das
Erwerbsgeschäft als auch das Kreditgeschäft fehlgeschlagen,
und zwar gleichgültig, ob es sich um einen gebundenen oder
freien Kredit handelte. Was beim einfachen Abzahlungskauf
noch deutlich sichtbar ist, nämlich daß der Erfolg des Kred
d. h. die zeitliche Verschiebung des Konsums, vollständig a
das Schicksal des materiellen Substrates, das Konsumgut, g
bunden ist, wird beim freien Kredit scheinbar aufgehoben.

Die Problematik der Haftung der Kreditgeber für das Erwer
geschäft läßt sich nicht mit der Rechtsprechung auf die Fäll

beschränken, in denen die Ansprüche gegen den Veräußerer rechtlich nicht durchsetzbar sind [1]. Auch wenn Ansprüche für bestimmte Personengruppen unter bestimmten Bedingungen faktisch nicht durchsetzbar sind, verlieren sie sowohl den Vorteil des Konsumgutes wie auch den Vorteil, den sie sich durch den Kredit erkaufen wollten.

Eine solche faktische Undurchsetzbarkeit ergibt sich aber gerade für Konsumentenkreditnehmer aufgrund der Zugangsbarrieren, die unser System der Rechtsberatung und die Justizorganisation gerade für die Personen aufweist, die kein verfügbares Einkommen zu ihrer Disposition haben [2]. Angefangen beim Prozeßkostenrisiko, der rechtlichen Vorschußpflicht beim Gericht und der faktischen Vorschußpflicht Zahlungsschwacher beim Anwalt über psychologische Barrieren, Prozeßdauer und Beweislastverteilung bis hin zur Verfügbarkeit von Präjudizien sind gerade die Schichten, die für den Konsumentenkreditnehmer

---

1) So beim finanzierten Abzahlungskauf, z. B. BGH NJW 62, 1100

2) Hierzu habe ich ausführlich an anderer Stelle Stellung genommen, vgl. Reifner, Das System der Rechtsberatung in der Bundesrepublik Deutschland - Probleme und Tendenzen - JZ 76, 504; ders., Unentgeltliche Rechtsberatung in West-Berlin, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1978 Bd. 5; ders., L'Organisation d'assistance juridique en R.F.A., jura falconis Vol. XII, 1975/76 S. 473; Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 240 ff.; Reifner/Blankenburg, Rechtshilfe für sozial Schwache, vgl. auch Baumgärtel, Gleicher Zugang zum Recht für alle, S. 9 ff.; 113 ff.; Wassermann, Gleicher Rechtsschutz für alle, Freiheit in der sozialen Demokratie, S. 141 ff.; w. Nachw. bei Reifner/Blankenburg, a.a.O. Fn. 1; Carlin/Howard/Messinger, Civil Justice and the Poor, N.Y. 1967; Sykes, Legal Needs of the Poor in Denver, Law and Society Review 4 (1969/70) S. 255 ff.; Abel-Smith/Zander/Brooke, Legal Problems and the Citizen, London 1973; Kaupen, Das Verhältnis der Bevölkerung zur Rechtspflege, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 3, 1972, S. 555

3) Vgl. Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 275 ff.; Caplowitz, Consumers in Trouble, S. 177-270

repräsentativ sind, in besonderem Maße an der gerichtlichen Durchsetzung ihrer Rechte gehindert.

Schon durch ihren Entschluß zur Kreditaufnahme dokumentiert sie, daß sie über kein der Kreditsumme entsprechendes Vermögen verfügen. Durch die Ratenzahlungsverpflichtung wird dann noch ihr verfügbares Einkommen gebunden, so daß ihnen die entsprechenden Mittel fehlen, um den Belastungen eines in seinem Ausgang ohnehin für sie äußerst unsicheren Verfahrens gewachsen zu sein. Bei langlebigen Konsumgütern kommt erschwerend hinzu, daß sich bei Sachmängeln Zeitpunkt und Ursache der Entstehung eines Mangels meist nur noch mit Hilfe eines Sachverständigen feststellen lassen, dessen Kosten im außergerichtlichen Bereich durch keine Gebührenordnung in Grenzen gehalten werden.

Die folgende Darstellung der einzelnen Risiken und ihrer wirtschaftlichen Ursachen soll zeigen, daß neben der materiellen Verstärkung der Belastung durch die Finanzierung auch die Entscheidungssituation des Verbrauchers im Konsumentenkredit sowie der Anreiz der Veräußerer und Kreditgeber, diese in besonderer Weise auszunutzen, von der Entscheidungssituation im eigenfinanzierten Erwerb (Barerwerb) [1] abweicht.

a) Täuschung

Bei gegebener durch die ausgeschüttete Lohnmasse bestimmter Nachfrage nach Konsumgütern muß der einzelne Unternehmer

---

1) Diese Definition steht allerdings im Widerspruch zur herrschenden Definition des Barkaufs in Wirtschaft und Rechtswissenschaft, bei der man sich die Sicht des Handels zu eigen macht, für den alle Käufe bei sofortiger Bezahlung, gleichgültig woher das Geld stammt, Barkäufe sind.

versuchen, sein Lager möglichst schnell umzuschlagen, um damit durch sein Unternehmen ein Maximum der Nachfrage zu befriedigen. Kein Unternehmer kann jedoch durch höheren eigenen Absatz die Nachfrage insgesamt erhöhen, da Nachfrage immer nur wirksame Nachfrage ist, wenn zu Kaufwillen und Kaufobjekt noch die Kauffähigkeit in Form verfügbaren Einkommens hinzutritt [1]. Mit seinem Verkaufswillen steht er somit in Konkurrenz zu anderen Verkäufern.

Solange alle Verkäufer unter den gleichen Bedingungen ihre Waren absetzen, führt diese Konkurrenz zu jener hinreichend propagierten Verkaufs- und Preiskontrolle, die auch heute noch als Selbststeuerung des Marktes materiellem Verbraucherschutz durch staatlichen Eingriff entgegengehalten wird [2]. In dem Maße jedoch, wie sich die Märkte durch unterschiedliche Größen der Einzelkapitalien "vermachten", verändern sich die Verkaufsbedingungen zugunsten der kapitalkräftigsten Unternehmen. Es ist dann nicht mehr der Preis, der das Kaufverhalten der Konsumenten allein bestimmt, sondern der örtliche Standort, die Aufmachung und insbesondere heute die zunehmende psychologische Beeinflussung, die einmal die bewußte Orientierung an eigenen Bedürfnissen, zum anderen das Preisbewußtsein verdrängen. Diese Tendenz ist besonders deutlich im Bereich der langlebigen Konsumgüter und damit im Bereich der finanzierten Erwerbsformen. Da hier ein hoher Kapitalaufwand sowohl für die Produktion als auch für die Verkaufsorganisation solcher Güter notwendig ist sowie immer mehr Zeit zwischen Produktionsbeginn und Verkauf des langlebigen Konsumgutes erforderlich ist, konzentrieren sich hier gerade die größeren Kapitalien,

---

1) E. u. M. Streissler, Einleitung zu Konsum und Nachfrage, S. 22 im Anschluß an Keynes; auch Katona, Das Verhalten der Verbraucher und Unternehmer, S. 127

2) Z. B. Aktionsprogramm der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher vom 29. 5. 1973, abgedruckt bei v. Hippel, Verbraucherschutz, a.a.O. S. 200 ff. Ziff. 1 a: "Stärkung der Marktposition der Verbraucher durch Sicherung eines wirksamen Wettbewerbs in allen Wirtschaftszweigen." Ebenso Positionspapier der Gefforts. s. S. 187

die sich, je komplizierter und hochwertiger ein Produkt ist, nicht mehr allein auf die kaum berechenbaren und vorhersehb ren individuellen Bedürfnisse beschränken können. [1] Die Sicherheit eines kalkulierten und steigenden Absatzes muß unte diesen Bedingungen hohen Kapitalaufwandes, bei dem die Lagerkosten entsprechend höher zu Buche schlagen, zum ersten Ziel in diesem Absatzbereich werden [2]. Diese Sicherheit ist noch dadurch besonders bedroht, daß der Absatz langlebiger Verbrauchsgüter seiner Natur nach konjunkturabhängiger ist, da bei Einkommensrückgängen und entsprechenden Nachfrage-schwankungen bei den Lohnabhängigen die Bedürfnisse nach Fernsehapparat, Auto und Urlaubsreise mit weniger Entbehru eingeschränkt werden können, als es etwa bei Essen, Kleidun und Wohnung der Fall ist. Ein wesentlicher Teil der Absatzs tegie für langlebige Verbrauchsgüter besteht somit darin, da Nachfrage auf vorhandenen Bestände, mögen sie nach Art, Farb und Design auch vom Verbrauchergeschmack abweichen, konzentriert wird, daß die Bedürfnisse nach langlebigen bzw. hochwertigen Verbrauchsgütern als ebenso unentbehrlich sugg riert werden wie der unmittelbare Lebensbedarf und das hier bei produktunabhängige Bedürfnisse auf die zum Verkauf ange botenen Gebrauchswerte gelenkt werden [3]. Dies bedeutet nac

---

2) Forts. von S. 186:
werkschaften zum Verbraucherschutz vom 30. 4. 1974, a.a.O S. 213 ff. Ziff. 1: "Wettbewerbspolitik und Verbraucherschut sind eng verbunden."

1) "That as more time elapses and more capital is committed, i will be increasingly risky to rely on the untutored responses of the consumer needs no elaboration. And this will be increasingly so the more technically sophisticated the produc There is a certain likelihood that even two or three years hence there will be a fairly reliable consumer demand for strawberries, milk and fresh eggs. There is no similar assurance that people will want, so spontaneously, an automo bile of particular color or contour, or a transistor of particu size or design." Galbraith, The New Industrial State, S. 35

2) Galbraith, a.a.O. S. 274

3) So etwa die Werbung mit hübschen Frauen bei Autos und Urlaubsreisen, die Werbung mit Bildern der Freude und Zufriedenheit bei Wohnungseinrichtung und Fernsehapparaten, mit Selbständigkeit und Selbstbewußtsein der Frau beim Angebot automatischer Kücheneinrichtungen etc.

Auffassung eines Bankfachmanns: "Nachfrage zu entdecken, zu wecken, ja zu produzieren, ist wichtiger als Produktion von Gütern und Leistungen für einen - vermeintlich - vorgegebenen Bedarf zu organisieren." [1]

Da die Banken, wie bereits erwähnt, die vom konkreten Bedürfnis erfaßten Waren in ihrer ideellen Gestalt des Geldes verkaufen, nehmen sie an dieser Werbekampagne teil und suggerieren Schein-Gebrauchswerte [2] der gewünschten Waren, die wieder auf die spezifisch von ihnen offerierte Leistung des Kredits übertragen wird. Unter dieser Manipulation des Bewußtseins [3] müssen auch die allgemein zunehmenden Mängel der Waren, ihre verkürzte Lebensdauer und ihr manipuliertes "Außer-Mode-Kommen" [4] verdeckt werden, durch die ein steigender Absatz künstlich hervorgerufen werden kann, weil die Konkurrenz nicht mehr funktioniert und der einzelne, selbst wenn er die Wahl hätte, diese Faktoren der Lebensdauer, Reparaturanfälligkeit etc. nicht mehr berechnen kann [5]. Im einzelnen Rechtsverhältnis wird diese globale, jedoch durchaus konkret wirkende Manipulation nicht relevant. Werbeprospekte und Fernsehwerbung werden zwar allgemein als Motivation der einzelnen Käuferentscheidung angesehen, jedoch läßt kaum ein Gericht sich das einschlägige Werbematerial zu bestimmten Produkten vorlegen, um etwa die Frage der arglistigen Täuschung oder die Nichtigkeit nach § 138 BGB zu überprüfen [6].

---

1) Slevogt, Marketing im Bankgeschäft, in Festschrift Kaminsky, S. 191
2) Haug, Kritik der Warenästhetik, in Warenästhetik, Sexualität und Herrschaft, 1971 S. 11 ff.
3) Vgl. Thiedig, Suggestivwerbung
4) die "ästhetische Innovation" nach Haug, a.a.O. S. 20
5) Zum Ganzen mit einer Einordnung von Beispielen Haug, a.a.O. sowie ders., Zur Ästhetik der Manipulation, S. 31 ff.
6) In OLG Köln NJW 72, 162 findet sich jedoch ein bemerkenswerter Ansatz. Dort heißt es: "Werbung durch Zusicherung von zum Kauf anreizenden Eigenschaften einer Sache seitens des Verkäufers, Verhandlungen mit dem durch diese Werbung herbeigeholten Interessenten und Abschluß des Kaufvertrages müssen nämlich als eine Einheit angesehen werden. Die in den verschiedenen Stadien eines solchen Gesamtvorganges abgegebenen Erklärungen wirken bis zu ihrem Widerruf fort und gehen in die schließlich zustande kommende Vereinbarung ein."

Nicht einmal ein Schadensersatzanspruch wird zugelassen, wi
es sich um eine weit über dem Durchschnitt liegende und da
gegen § 1 UWG verstoßende Werbung handelt [1], da §§ 1, 3
UWG keine Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2 BGB sein
sollen [2]. Die allgemeine Bewußtseinsmanipulation ist der Bo
den für gezielte Käufermanipulation bei der konkreten Kaufen
scheidung. An diese Vorbereitung der Konsumenten über die
Massenmedien und die Schaufenstergestaltung braucht der ei
zelne Verkäufer nur anzuknüpfen und sie entsprechend zu ko
kretisieren. Der Konsument kommt schon je nach Werbeauf-
wand für ein spezielles Produkt mit mehr oder weniger falsc
Vorstellungen ins Verkaufslokal, so daß oft nur eine Bestäti
gung dieser irrigen Annahmen notwendig ist. Dieses Zusam-
menspiel von allgemeiner Manipulation und konkreter Irreführ
rung über die Gebrauchswerte wird auch institutionell abges
chert, wenn größere Verkaufsunternehmen in regelmäßigen A
ständen ihre Verkäufer durch Werbepsychologen mit der im
Augenblick verfolgten allgemeinen Linie vertraut machen und
ihnen innerhalb dieser abgestimmten Strategie ihre Rolle zu
weisen [3]. Dabei wird diese Rolle dadurch erleichtert, daß
der allgemeinen Werbung ein Bild des Vertrauens für die V
käufer entsprechender Produkte gemalt wird, die dann als
Fachleute im weißen Kittel oder als väterlich fürsorgende
Helfer in der Not suggeriert werden. Mit der Vorstellung d
Kunden"beratung" mag selbst dem einzelnen Verkäufer oft s
ne Rolle nicht bewußt sein, da er individuelle Spielräume
sieht, die jedoch alle innerhalb der allgemeinen Verkaufsstr

---

1) Die übliche Manipulation, auch wenn sich ihr Niveau insges
erhöht, wird durch § 1 UWG ohnehin nicht erfaßt, da dieses
Gesetz seine Kriterien aus der Wirtschaft und Konkurrenz a
leitet, vgl. Reich/Wegener, Verbraucherschutz und Wettbe-
werb - NJW 73, 1371; BGH 74, 140; JuS 74, 561

2) BGH NJW 74, 1503; neuerdings schlägt die CDU für das UW
jedoch einen solchen Anspruch vor. (Entwurf eines 9. Geset
zes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbe
werb, BT-Drucks. 8/1670)

3) Vgl. Ditko, Praktische Verkaufsschule für Bankkaufleute,
1975

tegie liegen. "In zunehmendem Maße werden gerade höherwertige und komplizierte Wirtschaftsgüter im Zuge einer über den bloßen Kaufakt hinausgehenden Beratung verkauft." [1]

Der zum "Einkaufsberater" avancierte Verkäufer ist dabei nicht mehr wie in früheren Zeiten die Provisionsvertreter auf seine eigenen mehr oder minder plumpen Strategien angewiesen. Wallraff [2] hat über die Verkäuferschulung und die Verkaufsstrategien des großen Möbelversandhauses Arzberger eine Reportage geschrieben, derzufolge manche durch den Richter auf individuelle moralische Schwäche eines Verkäufers oder Vertreters reduzierte arglistige Täuschung anders verstanden werden müßte. [3] Es sind auch nicht nur die Provisionsvertreter, die an der Haustür ihre Waren verkaufen müssen und von denen solche Praktiken zu erwarten sind. Es gibt ähnliche Anreize zu täuschendem Verhalten auch in der Verkaufsorganisation im Geschäftslokal. So sind etwa die meisten Autoverkäufer zusätzlich zu ihrem Gehalt am Umsatzerlös beteiligt, was dazu führt, daß insbesondere "Extras" [4] in einem Ausmaß

---

1) Slevogt a.a.O. S. 193

2) In Wallraff/Engelmann, Ihr da oben - wir da unten, 1973 S. 354-379

3) Ein Beispiel aus der Arzberger-Schulung nach Wallraff/Engelmann, a.a.O. S. 371: "Jetzt gehe ich den Weg, knallhart. Denn jede Sekunde ist bares Geld. Jede Sekunde ist kostbar. ... Herr Meier, Frau Meier, es kommt für Sie wann in Frage? Ja also, wie ich schon sagte, wenn überhaupt dann im Herbst: Aha im Herbst, sehen Sie, und die Summe von 4832 Mark gilt nur noch vielleicht heute, das weiß ich ja nicht, kann auch sein, daß es morgen und übermorgen noch ist. Aber da wollen wir uns nicht drauf verlassen. Jetzt mache ich Ihnen folgenden Vorschlag. Ich sagte Ihnen schon, ich bin nicht nur dafür da, Sie zu beraten, wie Sie ihren Raum einrichten, sondern ich berate Sie auch, wie Sie Geld sparen." ...
S. 370 "Alles, was nicht verboten ist, ist erlaubt. Und was ist schon verboten? Oft war der Mann müde, abgearbeitet. Die Frau wollte kaufen, da habe ich bestimmt, was und für wieviel Geld gekauft wurde. Der Mann, ausgelaugt vom Akkord, hatte keine Chance, sich zu wehren, wenn er nein gesagt hätte, hing der Haussegen schief, wenn er Möbel gekauft hat, hat er sich schwarz gezahlt an Abzahlungsraten und an Zinsen."

4) Z. B. silberne Radkappen, besondere Farben, Sitzbezüge, Halogenscheinwerfer, Schiebedach etc.

aufgeredet werden, daß sie heute in der Kostenstatistik eines Pkw regelmäßig mit angesetzt werden. In den großen Kaufhäusern werden auf Waren, die an der Nachfrage vorbeiproduziert worden sind, Sonderprämien zumeist an die ganze entsprechende Verkaufsabteilung zur weiteren Verteilung gezahlt, so daß sich für die einzelnen Verkäufer und Verkäufergruppen geradezu eine besondere Attraktivität von Eigenschaftsbehauptungen über bestimmte Konsumgüter ergibt, die mit der Realität nichts gemein haben, andererseits aber den Tatbestand des § 123 BGB nach herrschender Interpretation noch nicht erfüllen. Da nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen die Wirksamkeit mündlicher Nebenabreden regelmäßig ausgeschlossen ist und auch § 4 AGB-G entgegen dem Vorschlag des Regierungsentwurfes in § 9 Nr. 17 hieran nichts ändert [1], gelten diese tatsächlichen "Zusicherungen von Eigenschaften" auch rechtlich irrelevant. Selbst wo sich ein Richter dazu durchringen möchte, in diesen Verhaltensweisen arglistige Täuschungen anzunehmen, wird der Konsument spätestens am strengen Beweisrecht der ZPO scheitern, daß die Verkäufer als Zeugen des Betriebes zuläßt und ihre Aussage höher bewertet als die einfache Parteiaussage des Käufers [2].

Bei 6000 bis 12000 Werbeimpulsen, denen der Normalbürger heute jeden Tag ausgesetzt ist [3], läßt sich der beinahe regelmäßige Irrtum des Konsumenten über zumindest einige Faktoren seiner Kaufentscheidung nur noch schwer lokalisieren bzw. auf einzelne Handlungen des Verkäufers zurückführen.

---

1) Vgl. die Begründung in BT-Drucks. 7/5422 zu § 4 S. 5: "da sie zur Klarheit im Rechtsverkehr und auch im Interesse der Kunden zur Erleichterung des Beweises wichtiger Vertragsabreden beitragen können."

2) Hier ist schon längst eine Reform des Beweisrechts überfällig in der nicht mehr zwischen Zeugen- und Parteivernehmung, sondern zwischen allgemeiner Zeugenvernehmung und Vernehmung interessierter Zeugen zu unterscheiden wäre.

3) Wallraff, a.a.O. S. 371

Durch die Verschuldung ist die Widerstandsfähigkeit der Kreditnehmer zudem noch besonders herabgesetzt. Früher galt im Abzahlungskauf noch eine Ethik, nach der Schulden und Schuld sowohl im materiellen wie auch im moralischen Sinne identisch waren. Die Barzahlung galt dabei als das "Natürliche" [1]. Für die Verhältnisse des ausgehenden 19. Jahrhunderts wird daher die psychologische Situation des Kreditnehmers damit beschrieben, daß er von der Unnatürlichkeit seiner Kreditaufnahme ausgeht und daher "deshalb besonders, wenn er den gewünschten Gegenstand notwendig gebraucht, in gedrückter Stimmung, in der er nicht zu widersprechen ... wagt, zum Abzahlungsverkäufer hereintritt." [2]

Die von den Abzahlungsverkäufern genutzte Gelegenheit, auf diese Weise "minderwertige Ware zu hohem Preise" [3] abzusetzen, besteht sicherlich heute trotz des Versuchs der Anti-Abzahlungskampagne [4], diese Vorurteile mit dem "Herrn Schuldenfrei" und dem "Ratenschreck" aufrechtzuerhalten, nicht mehr in gleicher Weise. Die hohe Gesamtverschuldung der Bevölkerung hat dazu beigetragen, daß der Kredit überwiegend als gewöhnliches Mittel des Konsumgütererwerbs bereits akzeptiert wird [5]. Ob damit jedoch bereits die Schuldgefühle abgebaut sind, bleibt zweifelhaft.

Nach einer Umfrage von Infratest München 1971 [6] gaben

---

1) Hausmann, Die Veräußerung beweglicher Sachen ..., S. 32
2) Hausmann, a.a.O. S. 32
3) Hausmann, a.a.O. S. 33
4) Vgl. oben S. 39 ff.
5) Vgl. die Untersuchung des Ifo-Instituts, wonach über 70 % der Kreditnehmer in der Verschuldung die einzige Möglichkeit sahen, die gewünschten Gebrauchsgüter zu erwerben, abgedruckt bei Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken, S. 39 f.
6) Abgedruckt bei Osterland/Deppe/Gerlach u. a., Materialien zur Lebens- und Arbeitssituation ..., Anhang Tab. 146

nur 21,1 % der ungelernten Arbeiter, 11,7 % der Facharbei
13,4 % der einfachen Angestellten und 4,4 % der mittleren
gestellten an, daß sie Anschaffungen über 200,- DM durch K
ditaufnahme finanzieren würden. Zu diesem Ergebnis steht i
eigenartigem Kontrast, daß über 40 % der bezeichneten Gru
pen tatsächlich Kredite aufnehmen [1]. Wie die bei Kaminsky
wiedergegebene Ifo-Umfrage, die sich mit einer in West-Ber
lin [3] gemachten Umfrage deckt, ergibt, liegt der Schlüssel
für diesen Widerspruch wohl darin, daß die Kreditaufnahme
nicht als normales Mittel der Finanzierung gewollt ist, son
daß sich der überwiegende Teil der Kreditnehmer hierzu ge
zwungen sieht. Das Gefühl, mit leeren Händen ins Kaufhaus
Möbelgeschäft und zum Autoverkäufer zu kommen, dürfte
durchaus noch vorhanden sein und sich in einem Gefühl der
sicherheit und Unterlegenheit niederschlagen, selbst, wo die
Kreditaufnahme nicht im unmittelbaren Zusammenwirken von
Verkäufer und Bank erfolgt. Der von der Bankenwerbung se
Ende 1959 betriebene Abbau der Kreditangst geht keinesweg
an die Wurzeln dieses Schuldgefühls, wenn dort die Kredita
nahme als etwas Normales, Gängiges und Unanstößiges hing
stellt wird. Die Selbstsicherheit, die der kreditnehmende U
ternehmer besitzt, wird der Verbraucher erst dann erhalten,
wenn er weiß, daß der Kredit nur den Umstand kompensier
daß er als Verbraucher für immer größere Zeiträume vorle
sten muß, während seine Einkommensform hiervon unberüc
sichtigt bleibt, d. h. wenn er weiß, daß er ein Recht auf
Kredit als Ausdruck seines Rechtes auf Konsum hat.

Noch ein anderer Umstand führt zu einer wesentlichen Erlei
terung der Überredung und Täuschung des kreditabhängigen
Konsumenten. Beim eigenfinanzierten Erwerbsgeschäft steht d

---

1) TW 72, 6/28
2) Die Teilzahlungsbanken, S. 39 f.
3) Projektgruppe Mahnverfahren und Konsumentenkredit, inso-
weit im Projektgruppenbericht nicht abgedruckt

Konsument in einer direkten Vergleichssituation zwischen den Entbehrungen, die ein Ansparvorgang mit sich bringt, und dem Nutzen, den er von dem erstrebten Gut erwartet. Sein Sparen ist von Anfang an zweckgerichtet und führt dazu, daß Mehrausgaben für zweifelhaften Nutzen nicht ad hoc beschlossen werden können, weil eine solche zusätzliche Anschaffung ihn dazu zwingen würde, zunächst in seinem Ansparprozeß fortzufahren. Auch der Händler wird sich überlegen, ob er den Konsumenten zu einer Anschaffung verleitet, deren Preis das angesparte Geld übersteigt und die Gefahr birgt, erst mit Hilfe der Gerichte realisiert zu werden.

Die gesamte Erwerbsentscheidung, die im Barkauf auf viele Monate gestreckt ist, wird im Konsumentenkredit auf wenige Stunden, bei dem üblichen räumlichen Zusammenhang von Bankfilialen und Kaufhäusern sogar auf wenige Minuten reduziert. Mit dem Hinweis darauf, daß sich der gesamte Einkauf bei einer bestimmten oder bei der nächstliegenden Bank oder durch einen Telefonanruf des Händlers bequem finanzieren lasse, wird eine Unbeschränktheit des Erwerbsvermögens suggeriert, das von der zukünftigen Arbeitsleistung weitgehend abstrahiert. Da der Händler bei der Finanzierung nicht mehr selber um die Durchsetzung seiner Forderungen zu bangen hat, sondern diesen Teil des Erwerbsprozesses den hierfür spezialisierten Rechtsabteilungen der Banken überlassen kann, sieht er sich in keiner Weise darin beschränkt, Zusätzliches und Unnützes dem Kunden aufzudrängen. Mit der Unterschrift unter den Erwerbskontrakt und die Anweisung der Darlehensvaluta ist der Vertrag für ihn nicht nur juristisch, sondern auch ökonomisch erledigt. Diese Unterschriftenleistung ist jedoch ein für den Konsumenten gegenüber der Zahlung des Geldbetrages im wesentlichen sinnentleerter Akt, dessen Konsequenzen für seinen persönlichen Lebensbereich er erst im nachhinein erfährt, weil er erst ein-

mal in seiner Vorstellung von der Unmittelbarkeit des Aus-
tauschprozesses zwischen Arbeitskraft und individueller Konsu
tion befreit ist [1]. Die Illusion, vermittels des Konsumentenk
dits wäre alles unmittelbar greifbar, wird auch durch die Ba
kenwerbung gezielt verbreitet, indem in den Werbeprospekten
fast ausschließlich Gegenstände angepriesen werden, die ober
halb des Zahlungsniveaus der kreditabhängigen Schichten lie-
gen [2]. Da empirisches Material über diese Unterschiede be
Barkauf und kreditabhängigem Kauf nicht existiert oder zumi
dest nicht veröffentlicht ist, kann hier nur die These aufgest
werden, daß der Konsumentenkredit in außerordentlich starke
Ausmaße den Konsumenten, gleichgültig ob im Geschäftslokal
oder in dessen Wohnung [3], einer Absatzstrategie aussetzt, in
der der Mehrkauf, der Kauf von wenig nützlichen und überhö
ten Dingen wichtiger Faktor der Kostenminimierung und der
winnmaximierung ist. Jede Täuschung, die unter Bezugnahme
oder in Kenntnis der Kreditabhängigkeit des Kunden erfolgt,
daher schon für sich eine große Wahrscheinlichkeit dafür, d
diese besondere Situation zum Schaden des Konsumenten aus

---

1) Beispiele hierfür liefern die Sprechstunden der Sozialdienste
bei denen nicht selten Fälle zu verzeichnen sind, in denen ge
de über den Konsumentenkredit erworbene Gegenstände in ke
nem Verhältnis von Kosten und Nutzen für den einzelnen steh
Ein Gerichtsvollzieher berichtet z. B., daß er des öfteren in
Wohnungen Möbelstücke, die auf Kredit gekauft wurden, vorf
det, die von ihrer Größe her nicht in die Zimmer hineinpass
Nach der Senkung des Volljährigkeitsalters sind nunmehr auc
in der Rechtsberatung für Minderbemittelte in West-Berlin z
nehmend junge Leute zu finden, die sich Waren haben aufdrä
gen lassen, für die die finanziellen Mittel absolut nicht ausre
chen. Gerade bei den ungebildeten und ärmeren Schichten er
scheint dabei eine starke Tendenz, entsprechend der Werbun
nur das Teuerste als gut genug anzusehen. Nach einer Unter
chung in Schweden sind es fast ausschließlich besser Verdie
gebildete Leute, die sich bei ihrem Kauf an Testergebnissen
orientieren (Julander, Evaluation of Consumer Information,

2) So wurde 1974 beim Autodarlehen nicht der VW 1200 oder de
Opel Kadett angepriesen, sondern es erschienen BMW und V
Cabriolet auf den Werbeflächen. Bei Fernsehapparaten wurd
Farbfernseher in besonders teurem Design abgedruckt, und
den Urlaubsreisen findet man asiatische und afrikanische To
ristenattraktionen abgebildet.

3) A. A. Holschbach, Rechtsfragen um das Widerrufsrecht nac
§ 16 AbzG, NJW 75, 1109

nutzt wird und damit als arglistig anzusehen ist. Dabei ist es gerade das Geschäft der Kreditgeber, das den Konsumenten in diese Situation gebracht hat, mit der er angesichts der Befreiung des Verkäufers von der Schranke der Zahlungsfähigkeit seines Kunden psychologisch nicht fertig werden kann.

b) Sachmängel

Seit einer Entscheidung des BGH von 1956 [1] hat der Verbraucher das Recht auf Mangelfreiheit der §§ 459 ff. BGB insoweit zurückerhalten, als ihm zumindest ein Nachbesserungsrecht zugestanden wurde. Dieses Nachbesserungsrecht wird im übrigen um so wichtiger, je weiter das langlebige Verbrauchsgut den privaten Konsum bestimmt [2]. Mit der Massenproduktion insbesondere in der Fließbandfertigung steigen die Möglichkeiten fehlerhafter Produktion. Die Rationalisierung tritt damit in einen wachsenden Widerspruch zur gesellschaftlichen Produktivität, wenn nicht der sinkende Nutzen der immer rationeller hergestellten Konsumgüter den Herstellern in Form höherer Folgekosten entgegengehalten wird.

---

1) NJW 57, 17; BGHZ 22, 90, jetzt § 11 Ziff. 10 AGB-G

2) So sind die Anteile der Ausgaben für langlebige, hochwertige Gebrauchsgüter an den Haushaltsausgaben von 7,3 % 1962 auf 9,3 % 1970 angestiegen. Osterland/Deppe u. a., Materialien zur Lebens- und Arbeitssituation ..., S. 335 Anm. 8

Gelingt es nämlich den Herstellern, die Mängelkosten erst in der Hand der Verbraucher anfallen zu lassen, so können sie ohne Rücksicht auf die steigende Zahl von Fertigungsfehlern ihre Rationalisierung vorantreiben. Bestehen dagegen starke Verbraucherrechte, durch die die Produktionsfehler wieder auf die Hersteller zurückwirken, so erhöhen sich bei sinkenden Kosten der rationalisierten primären Produktion die Kosten der sekundären Nachbesserung bzw. die Kontroll- und Instandsetzungskosten im Betrieb selber [1]. Hinzu kommt, daß die Verschleißproduktion, durch die die Verbrauchsdauer langlebiger Konsumgüter entscheidend verkürzt wird und daher auch die Reparaturanfälligkeit steigt, bewußt betrieben wird, um damit den Umsatz steigern zu können [2].

Die Gesamtsumme der Mängel oder Fehler, die bei einer Produktion entstehen können, sind somit nicht, wie es in der Rechtswissenschaft üblich ist, jeweils im einzelnen erklärbar als menschliches Versagen, Ausreißer, Instruktionsfehler, Neueinführungsprobleme [3], sondern sind in ihrer prozentualen Häufigkeit Funktion der entsprechenden Betriebsorganisation.

Ihre volle Rückwirkung vom Verbraucher über den Handel auf den Hersteller ist somit nicht nur Postulat individueller Gerechtigkeit, die dem einzelnen nicht die Kosten des gesellschaftlichen Fortschritts der Rationalisierung und Mechanisierung in Produktion und Distribution auferlegen läßt, sondern diese Rückkoppelung der Mängel an die Steuerungsgrößen des industriellen Fortschritts ist gleichzeitig Bedingung dafür, daß

---

1) Dadurch kann dann, wie etwa bei Volvo in Schweden, es auch für das Einzelkapital produktiver sein, von der Fließbandarbeit wieder zur manufakturmäßigen Gruppenarbeit allerdings unter den Bedingungen vollständiger Maschinisierung zurückzufinden.

2) Vgl. Schmidt, Geplanter Verschleiß, in AgV/DGB (Hrsg.), Handbuch des Verbraucherrechts, Gruppe 70; Beispiele bei Heilbronner, Im Namen des Profits oder Fahrlässigkeit als Unternehmensprinzip

3) So aber Weitnauer, Die Haftung des Warenherstellers, NJW 68, 1593

dieser Fortschritt nicht nur Fortschritt in der Gewinnerzielung der Unternehmen, sondern auch gesellschaftlicher Fortschritt ist.

Diese Rückwirkung ist im Konsumentenkredit außerordentlich erschwert. Gerade für die hochwertigen Verbrauchsgüter, die auf Konsumentenkredit erworben werden, gilt in zunehmendem Maße, daß sich Mängel der Sache erst nach längerer Gebrauchsdauer zeigen ("mangelnde Qualitätstransparenz") [1]. Die kurze Verjährungsfrist des § 477 BGB oder die kurzen Garantiezeiten der AGB der Hersteller werden den langlebigen Konsumgütern heute nicht mehr gerecht. Bevor der Kunde herausgefunden hat, wer nun schließlich für die Mängelbeseitigung zuständig ist: der Hersteller, Händler, Transporteur oder Aufsteller, ist u. U. die Zeit verstrichen. Verwirrende Klauseln in den Garantiebedingungen, wonach der Händler nicht für Mängel haftet, sondern der Hersteller, gleichwohl der Händler aber für Mängelrügen zuständig bleibt, verzögern die Initiative des Verbrauchers. Ein besonderes Problem besteht darin, daß der Verbraucher bei langlebigen Konsumgütern den Erfolg der Reparatur oft nicht abschätzen kann. Es besteht daher die Möglichkeit, daß in der Garantiezeit nur Scheinreparaturen ausgeführt werden, und die kostspielige grundlegende Reparatur erst dann erfolgt, wenn dem Kunden die Kosten in Rechnung gestellt werden können. Daß dies rechtlich unzulässig ist, fällt dabei angesichts der Schwierigkeit des Verbrauchers, Mängelherkunft und Betrug des Reparateurs zu beweisen, kaum ins Gewicht. Da dem Konsumenten trotz des Umstandes, daß er für die mangelhaften Konsumgüter monatlich einen bestimmten Betrag zahlt, nach herrschender Auffassung in 97 % der Kredite kein unmittelbares Druckmittel gegen Kreditgeber und Händler zusteht, bleibt er auf die Gerichte angewiesen, wenn der Händler

---

1) Schmidt, Geplanter Verschleiß, S. 3

seine Pflichten nicht freiwillig erfüllt. Durch ein Zurückbehaltungsrecht im Konsumentenkredit würden die Banken, die den Handel und die Produzenten z. T bereits unmittelbar, meist aber über die Kreditvergabe maßgeblich beeinflussen können, zum logischen Verbündeten der Konsumenten bei der Durchsetzung ihrer Mängelrechte.

c) Händlerkonkurs

Verneint man, wie bisher vor allem im Bereich des sogenannten "freien Kredits" eine gegenseitige Abhängigkeit, so geht der Bank im Konkurs des Händlers nichts verloren, während der Konsument seine Rechte aus Täuschung sowie aus Mängeln der erworbenen Sache nicht mehr durchsetzen kann. Im Extremfall des Konkurses zwischen Vertragsschluß und Überweisung des Kaufpreises an die Bank einerseits und Auslieferung des gekauften Gegenstandes andererseits verliert der Konsument bis auf die Konkursquote sogar den Erfüllungsanspruch während die Bank ihr "makelloses" Geld vollständig zurückfordern kann.

Das Geld, das die Bank als Kaufkraft für Konsumgüter zur Verfügung stellt, ist jedoch ebenso wie bei den Mängeln der Konsumgüter bereits mit einem gesellschaftlich durchschnittlichen Mangel belastet, der daher rührt, daß in einer bestimmten Proportion ein Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Händler besteht, das den Wert des Konsumgutes entsprechend schmälern kann. Realisiert sich dieses Risiko, so handelt es sich wiederum nicht um einen Schicksalsschlag, sondern um einen durch die Konzentrations- und Zentralisationsbestrebungen im Einzelhandel bedingten gesellschaftlichen Zustand, der in seiner Wahrscheinlichkeit genau berechenbar ist.

Dabei sind der Einzelhandel sowie die Dienstleistungsunterneh

men in besonderem Maße von den Konzentrationsbestrebungen betroffen. Die Insolvenzen betrugen im Einzelhandel 1973 3,1 % und 1974 2,4 %, in den Dienstleistungsbetrieben sogar 3 % und 3,5 % [1].

In absoluten Zahlen bedeutete dies 1974 im Handel 1519 und im Dienstleistungssektor 1225 Insolvenzen, wodurch in beiden Bereichen eine prozentuale Steigerung der Zahlungsunfähigkeit gegenüber dem Vorjahr um 39,4 bzw. 41,1 % erreicht wurde [2]. Dabei sind insbesondere kleine und mittelständische Betriebe betroffen, die zwischen 3 und 6 Jahren alt sind [3]. Als überwiegender Konkursgrund werden zu hohe Bankzinsen angegeben, die bei schmaler Eigenkapitaldecke diese Betriebe, die sich in der Hochkonjunktur zur Finanzierung ihrer Investitionen stark verschulden mußten, schon bei leichten Schwankungen besonders hart treffen [4]. Nach einer Umfrage der Schimmelpfeng-Marktforschung bei 92 Konkursverwaltern wurde nach der Verteuerung der Bankzinsen, fehlenden Eigenmitteln und gestiegenen Personalkosten bereits an vierter Stelle von 20 aufgeführten Konkursursachen die Geldverknappung durch die Banken genannt [5]. Als Kreditmonopol können die Banken Krisen dazu nutzen, kleine und mittelständische Betriebe, die auf Fremdfinanzierung angewiesen sind, aus dem Markt zu drängen. Daß sie hieran nicht nur Interesse wegen erhöhter Gewinne durch höhere Zinsen und höhere Kreditsicherheit haben, ergibt sich daraus, daß allein die drei Großbanken (Deutsche Bank, Dresdener Bank und Commerzbank) den größten Warenhauskonzern Karstadt, der wiederum die Neckermann AG beherrscht, mit 50 % des Aktienkapitals, den drittgrößten Warenhauskonzern Kaufhof mit 60 % und die nachfolgende Horten-

---

1) TW 75 3/32
2) TW 75 2/26
3) TW 75 3/33
4) Laun, Konkurse und ihre Ursachen, TW 75 2/22
5) TW 75 3/32

AG mit 25 % des Aktienkapitals beherrschen und daher maßgeblich an deren Expansion interessiert sind [1]. Wenn also bei der Insolvenz des Händlers oder des Dienstleistungsbetriebes, bei dem die Waren mit Hilfe des Bankkredits erworben wurden, der Konsument de facto seine Nachbesserungs- und Gewährleistungsrechte sowie die Rechte wegen Täuschungen verliert, so ist dieses gesellschaftliche Ereignis wirtschaftlich weitgehend den Banken und ihren Konzentrationsbestrebungen zuzurechnen. Der Konsument, der in der Wirtschaftskrise als Lohnabhängiger ebenso hart wie der Kleinbetrieb betroffen ist, ist das am wenigsten geeignete Zurechnungssubjekt.

Nimmt man die gesellschaftliche Dimension des Elementarereignisses hinzu, wozu die Statistik seit langem die Mittel geliefert hat [2], so stellen sich alle diese zufälligen Ereignisse je nach den gesetzten gesellschaftlichen Bedingungen, in denen sie geschehen, als mit bestimmter Wahrscheinlichkeit eintretende Ereignisse dar. Die Wahrscheinlichkeit dieses "Zufalls"-ereignisses ist realer Bestandteil des allgemeinen Prozesses, in dem sich dieses Ereignis abspielt. Sie gibt den Schlüssel für die Zurechnung des konkret zu bearbeitenden Sachverhalts, indem die Frage nach der konkreten Zurechnung zur Frage der Verursachung und Beherrschung seines wahrscheinlichen Eintretens wird.

Aus den vorangehenden Feststellungen ergibt sich somit die praktische Forderung des Verbraucherschutzes, entsprechend den durch die Eröffnung des Kreditverkehrs geschaffenen Risi-

---

1) Jarowinsky, Monopolisierung im Einzelhandel der BRD, IPW-Forschungshefte 2/1972, 92 f.

2) Vgl. z. B Clauss/Ebner, Grundlagen der Statistik für Psychologen, Pädagogen und Soziologen, Berlin (DDR) 1971 S. 117-120: "Ein zufälliges Ereignis ist ein Ereignis, das bei einem unter bestimmten Bedingungen durchgeführten Versuch eintreten kann, aber nicht notwendig eintreten muß." "Die (statistische) Wahrscheinlichkeit eines zufälligen Ereignisses ist gleich dem festen Wert, dem die relative Häufigkeit bei wachsender Zahl der Versuche zustrebt."

ken die Möglichkeiten zu geben, die Einwendungen aus dem Erwerbsverhältnis im Konsumentenkreditverhältnis entgegensetzen zu können.

II. Die bisherige zivilrechtliche Beurteilung der aufgezeigten Probleme

Bei allen drei aufgezeigten Problembereichen, in denen die Nutzungsmöglichkeit des erworbenen Konsumgutes bzw. der Dienstleistung im Widerspruch zu den Erwartungen des Verbrauchers zum Zeitpunkt des rechtsgeschäftlichen Erwerbs beeinträchtigt ist, stellt sich rechtlich die Frage, ob diese Beeinträchtigungen den Kreditgebern zugerechnet werden können, so daß der Konsument seinen Kredit nur in dem Maße und nur so lange zurückzahlen muß, wie er das hierdurch erworbene Gut bzw. die Dienstleistung vereinbarungsgemäß konsumieren kann.

Diese Zurechnung ist nach der herrschenden juristischen Anschauung dann kein Problem, wenn Kreditgeber und Veräußerer in einer Person dem Konsumenten gegenübertreten und den Kredit selbst als Bestandteil des Erwerbsgeschäftes definieren. Dann ergibt sich bereits aus dem vertraglichen Synallagma der Einwendungsdurchgriff gegen den nur in seiner ökonomischen Funktion, nicht aber in seiner juristischen Person gespaltenen Kreditgeber und Veräußerer. Daß zu der Zeit, als diese Form des Konsumentenkredits in Gestalt des einfachen Abzahlungsgeschäftes vorherrschte, der Konsument gleichwohl keine Einwendungen geltend machen konnte, weil sie aufgrund der Vertragsfreiheit der Kreditgeber formularmäßig ausgeschlossen waren, ist bereits mehrfach berichtet worden [1].

1) Vgl. dazu die bei Hausmann, Die Veräußerung beweglicher Sachen, S. 95 ff., abgedruckten Formulare vor 1900.

Trotzdem wird die Problematik des Einwendungsdurchgriffs gegenüber dem Kreditgeber nicht als allgemeine Problematik des Konsumentenkredits in der nunmehr fast unerschöpflichen 30jährigen juristischen Diskussion gesehen. Für den sogenannten "freien Kredit" wird eine Zurechnung von Risiken des Erwerbsgeschäftes an die Kreditgeber nicht einmal diskutiert. Vielmehr wird die Diskussion auf den Einwendungsdurchgriff im Grenzbereich zwischen einfachem Abzahlungsgeschäft und Privatdarlehen, dem sogenannten "finanzierten Abzahlungsgeschäft", beschränkt. Die Konturen dieses finanzierten Abzahlungsgeschäftes sind dabei sehr verschwommen geblieben. Merkmale wie eine ständige Geschäftsverbindung, Abschluß des Kreditvertrages in den Räumen des Händlers, Sicherungsübereignung des gekauften Gegenstandes an den Kreditgeber sollten Indizien einer "inneren Bindung" [1] zwischen Kauf- und Darlehensvertrag im finanzierten Abzahlungsgeschäft sein. Da der finanzierte Abzahlungskauf sich nicht prinzipiell von anderen Formen des Konsumentenkredits unterscheidet, auf der anderen Seite aber als Zwischenform zwischen Stundungs- und Darlehenskredit die juristischen Lösungsversuche immer wieder an die Grenze stoßen, wo der Widerspruch zwischen juristisch isolierender Betrachtung und wirtschaftlich-funktionalem Zusammenhang offensichtlich wird, ist es nicht zufällig, daß in diesem Bereich des Konsumentenkredits eine rege juristische Diskussion über die Konstruktion des Zusammenhangs von Kredit- und Erwerbsgeschäft besteht. In mehr als 14 verschiedenen dogmatischen Konstruktionen wird entweder versucht, einen solchen Widerspruch zu leugnen, indem man den Einwendungsdurchgriff als Konsequenz der BGB-Dogmatik oder zumindest des Abzahlungsgesetzes nachweist, bzw. ihn trotz entgegenstehender Klauseln in den AGB aus den vertraglichen Willenserklärungen herausliest oder man versucht, diesen Widerspruch durch neue Dogmatik oder wirtschaftlich orientierte Auslegungsmethoden zu überwinden.

---

1) BGH NJW 67, 1036

Da mit Ausnahme des Stundungskredits in allen Formen des Konsumentenkredits die gleiche Differenz zwischen dem Zusammenhang der verschiedenen ökonomischen Funktionen und ihrer juristischen Trennung auftritt, können die im Bereich des finanzierten Abzahlungsgeschäfts gemachten Erörterungen als Beispiel für den gesamten wirtschaftlichen Bereich dienen. Die Analyse dieser Diskussion gibt dabei gleichzeitig die Chance, die herrschende zivilrechtliche Methodik an den Grenzen ihrer Möglichkeiten zu beobachten.

1. Die Lösung des Gesetzgebers

a) Lösung nach der Grundkonzeption des BGB

Nach der Grundkonzeption des BGB ist der Inhalt des Vertrags allein durch den Willen der Parteien bestimmt, wie er nach außen in Erscheinung getreten ist.

Die Reduktion des Vertragsinhalts auf Willenserklärungen führt in den Konsumentenkreditverhältnissen, die sämtlich mit Hilfe von Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgewickelt werden, dazu, daß es um die Interpretation des Willens von Kreditgeber und Handel geht, wie er in den Formularen zum Ausdruck gekommen ist. Danach handelt es sich um zwei Verträge des Konsumenten mit zwei juristischen oder natürlichen Personen, die jeweils alle Bestandteile eines selbständigen Vertrages enthalten. Die darin enthaltenen Verpflichtungen sollen nach dem Parteiwillen in der Regel allein von der im Einzelvertrag festgelegten Gegenleistung abhängen. Als Ausdruck dieser Willensbestimmtheit gilt der Satz, daß in ihrer jeweiligen vertraglichen Beziehung zum Konsumenten weder Kreditgeber noch Händler in der Lage sind, sich gegenseitig gegenüber dem Konsumenten zu binden, was im Verbot des Vertrages zu Lasten Dritter nie-

dergelegt ist. "Die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf Schuldner und Gläubiger ist ... nach wie vor ein kaum erschüttertes Dogma der Rechtstheorie ..." [1] Da die Gläubiger kein Interesse daran haben, die jeweiligen Pflichten gegenüber dem Konsumenten gemeinsam zu übernehmen, wird man in ihren Formularen auch keine entsprechenden Bestimmungen finden. Das Zivilrecht läßt es zu, daß dem Verbraucher das Geld als eigenständige vom Verwendungszweck losgelöste Ware "verkauft" wird. Durch die gesetzliche Normierung des Darlehens (§§ 607 ff. BGB), die nicht einmal die Möglichkeit der Zweckbindung berücksichtigt, wird die Anschauung der Kreditgeber vom "abstrakten Kreditgeschäft" als Normalfall hingestellt, während die Stundung als Ausnahmeerscheinung lediglich erwähnt, nicht aber als Sonderform des Kredites geregelt ist (vgl. §§ 201, 202, 452, 454, 509 BGB). Damit trifft das Gesetz die Anschauung und Interessenlage der Wirtschaft [2], deren Geschäfte dem Ziel untergeordnet sind, Gewinne zu machen ("das erwerbswirtschaftliche Prinzip") [3].

Im Ergebnis läßt sich daher sagen, daß das BGB in seiner dogmatischen Konzeption keine Möglichkeit vorgesehen hat, nach der die nach dem Willen der Kreditgeber und Händler juristisch als getrennt zu geltenden Vertragsverhältnisse im Konsumentenkredit zu gemeinsamen Verpflichtungen und Abhängigkeiten verschmolzen werden könnten. Auch das 1894

---

1) Gernhuber, Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund, S. 455; ähnlich Medicus, Durchblick: Drittbeziehungen im Schuldverhältnis, JuS 74, 613 a.E.

2) "Wenn Sie einen Kredit nehmen, dann kaufen Sie Geld. Wie Ware. Und es ist schließlich nichts Peinliches daran, wenn Sie etwas kaufen. Immerhin bezahlen Sie das gekaufte Geld mit entsprechenden Zinsen und brauchen sich nicht dafür zu bedanken." (Sparkasse der Stadt Berlin West 1974 "Geldbewußt - Selbstbewußt" S. 7) oder "Sie wollen Geld ? - Wir geben Kredit! - Machen wir beide das Geschäft? - Machen wir beide das Geschäft!" (nach Cramer, Sonderangebot Kredit, TW 76, 3/30)

3) Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 2. Bd., Der Absatz, 14. Aufl. Berlin/Heidelberg/N.Y., 1973 S. 8 ff.

erlassene Abzahlungsgesetz hat diese Grundprinzipien der Gestaltungsfreiheit nicht angreifen wollen, als es in § 6 forderte, das Abzahlungsgesetz auch auf sogenannte Umgehungsgeschäfte anzuwenden. Damit waren nur solche Verträge zwischen Händler und Erwerber gemeint, in denen wie in der Konstruktion des Möbelleihvertrages durch den Veräußerer auf eine andere Weise als durch Kaufpreisstundung Ratenkredit gewährt wurde [1].

Nach dem politischen Vorverständnis des BGB ist es der Parteiwille, so wie er durch die Unterschrift beider Teile im Vertragsformular niedergelegt ist, durch den die Verträge bestimmt sind. Der Darlehensvertrag hat daher trotz der ökonomischen Mittelbarkeit und Unselbständigkeit des Gelderwerbs in der Sphäre der individuellen Konsumtion Eigenständigkeit. Die Gegenseitigkeit der Leistungen beschränkt sich auf die Leistung der leeren Geldhülle durch den Kreditgeber. Nur Störungen in dieser Leistungspflicht, die allerdings praktisch wegen der qualitativen Gleichheit allen Geldes kaum auftreten können (mit Ausnahme von Wucher und Täuschung über die Kreditkonditionen), können zu Rechten gegenüber der Bank führen. Der mit Hilfe des Kredits erworbene Gegenstand erscheint nur, insoweit er durch Rechtsgeschäft dem besonderen Sicherungszweck der Darlehensrückzahlung zugeordnet ist. Nach der Vorstellung des BGB hat der Geldbesitzer mit der Hingabe der Geldsumme in die Verfügungsgewalt des Darlehnsnehmers alles seinerseits Erforderliche getan und die geschuldete Leistung erbracht. Erhält der Konsument die Mittel zur individuellen Konsumtion von zwei juristisch geschiedenen Personen, so bleibt er nach der historischen Konzeption des BGB auch in seinen Rechten auf das jeweilige Vertragsverhältnis begrenzt [2].

---

1) Vgl. Lazarus, Das Recht des Abzahlungsgeschäftes, 1898 S. 65; Ostler/Weidner AbzG § 6 Anm. 110

2) Vgl. BGH NJW 72, 47

b) Lösung durch ein Widerrufsrecht gemäß § 1 AbzG?

Der moderne Gesetzgeber hat nun mit der Einführung eines generellen Widerrufsrechtes bei Abzahlungsgeschäften (§ 1b AbzG) versucht, dem Verbraucher unter Durchbrechung des Prinzips "pacta sunt servanda" materielle Entscheidungsfreiheit im Abzahlungskauf zurückzugewinnen. Diese Regelung zielt jedoch am eigentlichen Problem vorbei.

Der Konsumentenkredit ist, wie bereits untersucht wurde [1], gerade für die unteren Einkommensschichten, die nicht auf langlebige Konsumgüter ansparen können, eine unabdingbare Notwendigkeit geworden, um ihr Einkommen für solche Anschaffungen verfügbar zu machen. Da gerade sie jedoch auf Kredite mit schlechteren Konditionen angewiesen sind [2], weil sie eine nur geringe "Kreditwürdigkeit" haben, besteht für sie in der Regel ein sozialer Kreditaufnahmezwang. Ihre Kreditaufnahme beruht nur selten auf einer vermeidbaren Fehlentscheidung, da sie zumeist keine Ausweichmöglichkeiten haben. Die Lossagungsmöglichkeit vom Kredit bietet ihnen daher wenig Hilfestellung. Für sie kommt es gerade darauf an, daß ihnen bei der Durchführung des kreditvermittelten Konsums dadurch geholfen wird, daß das Recht unabhängig vom Willen der Kreditgeber tragbare Konditionen und die Erreichung des Konsumzwecks garantiert. Das Widerrufsrecht ist daher weder ein funktionales Äquivalent zur Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen noch ersetzt es einen Einwendungsdurchgriff, durch den nicht der Kredit aufgehoben, sondern seine sozial-funktionale Verwendung sichergestellt werden soll.

Selbst in ihrem verbleibenden Anwendungsbereich in Fällen,

---

1) Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 186 ff.
2) Vgl. Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 196 ff.

wo die Kreditaufnahme entbehrlich war und nur unter den besonderen Umständen des Verkaufsgesprächs aus Übereilung erfolgte, bietet das Widerrufsrecht unzureichende Möglichkeiten. Zum einen betrifft § 1 b AbzG kaum noch 3 % der mit Hilfe von Konsumentenkredit getätigten Geschäfte. Zum anderen kann nach dieser Vorschrift die Pflicht zur Nutzungsentschädigung bei der herrschenden Berechnung nach Mietgrundsätzen [1] zu einer so hohen Kostenbelastung des Erwerbers führen, daß ihm eine Rückgabe der Sache nicht anzuraten ist. Darüber hinaus läßt diese Vorschrift die Möglichkeit offen, den erworbenen Gegenstand erst nach Ablauf einer Woche, also nach Verstreichen der Widerrufsfrist, auszuhändigen [2]. Dem Erwerber wird aber erst dann seine übereilte Kaufentscheidung deutlich werden, wenn er den erworbenen Gegenstand erhalten hat und feststellen kann, daß die gedachte oder suggerierte Nutzungsmöglichkeit nicht oder, im Verhältnis zum zusätzlichen finanziellen Aufwand, nicht ausreichend gegeben ist [3]. Der Gesetzgeber wäre besser beraten gewesen, wenn er die Widerrufsfrist erst mit der Übergabe des erworbenen Gegenstandes in Lauf gesetzt hätte, was im übrigen auch zu einer Vereinfachung der für eine Verbraucheraufklärung viel zu kompliziert geratenen Regelung [4] geführt hätte. Zur Klarstellung, daß das Abzahlungsgesetz auch vor Übergabe der Kaufsache Anwendung findet [5], hätte die Streichung der Worte "dem Käufer übergebenen" in § 1 AbzG genügt und auch größere Klarheit in dieser Frage geschaffen. Eine Regelung, die hier an den faktischen Problemen ansetzt [6], könnte hier wesentlich effektiver wirken.

---

1) Vgl. dazu unten S. 451 ff.
2) Löwe, Neuerungen im Abzahlungsrecht, NJW 74, 2257; in der Schweiz ist dies bereits eingetreten: Holschbach, Rechtsfragen um das Widerrufsrecht nach § 1 b AbzG, NJW 75, 1109 (1110)
3) Hierauf wies aufgrund der bereits bestehenden Erkenntnisse der Vertreter des Verbraucherschutzbundes in West-Berlin hin.
4) So auch Löwe, a.a.O., sowie der Vertreter des Verbraucherschutzbundes
5) Aus dem Wortlaut wurde früher das Gegenteil gefolgert BGH WM 56, 315 (316); BGHZ 15, 171 (172); Palandt-Putzo, BGB, 29. Aufl. 1970 § 1 AbzG Anm. 3; Ostler/Weidner, AbzG, § 1

Forts. s. S. 209

Festzuhalten bleibt jedoch die Tatsache, daß das eigentliche Regelungsdefizit des BGB in der Frage der Störung des Konsumzweckes des Konsumentenkredits hierdurch nicht behoben werden konnte.

2. Lösungen der Rechtslehre

a) Ableitung eines Einwendungsdurchgriffs aus dem Gesetz

Der Lösung des historischen Gesetzgebers des BGB widersprechen zahlreiche Konstruktionen vor allem in der rechtswissenschaftlichen Literatur, die aus einer veränderten Gesetzesauslegung oder durch Auslegung der Verträge im finanzierten Abzahlungskauf eine Verbindung von Darlehens- und Kaufvertrag ableiten wollen.

Es wird vorgeschlagen, bei Nichtigkeit des Kauf- oder Darlehensvertrages im B-Geschäft § 139 BGB anzuwenden [1] und da-

---

5) Forts. von S. 208:
Anm. 22, 39; nach der Novellierung steht wohl die h. M. auf dem hier bezeichneten Standpunkt KG NJW 75, 1327; LG Hamburg NJW 73, 804; Palandt/Putzo BGB 34. Aufl. Einl. 2a b vor § 1 AbzG

6) Vgl. dazu § 7 E-KKG unten S. 514

1) Möllers, Probleme zum Kundenfinanzierungsvertrag, NJW 55, 1423; Marschall v. Bieberstein, Das Abzahlungsgeschäft ..., S. 133 Fn. 514; OLG Karlsruhe MDR 57, 161; w. Nachw. bei Hoerter, Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 220 Fn. 786, sowie der gegenteiligen Auffassung der h. M. a.a.O. S. 221 Fn. 791

mit zu einer Gesamtnichtigkeit des Konsumentenkreditverhältnisses zu kommen. Ähnlich wie zu § 139 BGB versucht Larenz "um die Lücke auszufüllen" [1], die durch eine vom Gesetzgeber nicht gesehene Gestaltung [2] entstanden sei, § 273 BGB anzuwenden, wodurch der Darlehensvertrag als "dasselbe rechtliche Verhältnis" wie der Kaufvertrag anzusehen ist [3].

Esser versucht wiederum, die Anwendbarkeit des § 812 BGB auf die Verhältnisse im Konsumentenkredit, soweit es sich um Formen des rechtsgeschäftlichen Verbundes zwischen Veräußerer und Finanzierer handelt [4], nachzuweisen. Sowohl im Rahmenvertrag als auch im Darlehensvertrag sei die Tilgung der Kaufpreisschuld als rechtsgeschäftliche Zwecksetzung anzusehen, wodurch bei Nichtigkeit des Kaufvertrages eine Kondiktion nach § 812 Abs. 1 (1. Alternative) BGB gegeben sei [5]. Crisolli/Ostler [6] wollen einen Vertrag zugunsten Dritter zwischen Konsument und Finanzierer annehmen und damit einen vertraglich vereinbarten Zusammenhang ableiten. Mück sieht zwischen Bank und Veräußerer einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, wodurch über die §§ 328 ff. BGB die gewünschten Ansprüche hergeleitet werden [7]. Ähnlich auf den Parteiwillen

---

1) Das Zurückbehaltungsrecht im dreiseitigen Rechtsverhältnis, Festschrift Michaelis, S. 203
2) A.a.O.
3) A.a.O.
4) Vgl. Das Verhältnis von Kaufvertrag und Darlehensvertrag, Festschrift Kern, S. 109
5) A.a.O.
6) AbzG 5. Aufl. § 6 Anm. 99a; anders Ostler/Weidner, AbzG § 6 Anm. 156, wo Wegfall der Geschäftsgrundlage angenommen wird

abstellend, sieht Müller-Laube [1] in dem Vertrag zwischen Bank und Konsument eine entgeltliche Erfüllungsübernahme als Vorstufe zur Schuldübernahme gemäß § 415 BGB [2]. Zu diesem Zweck versucht er nachzuweisen, daß der Kreditgeber wegen der bestimmten Regelung des Verwendungszwecks und der Verwendungsmodalitäten der Kreditsumme nicht die Form eines Darlehens beanspruchen kann, die gemäß § 607 BGB geradezu voraussetze, "daß der Kreditgeber die Valuta zur freien Disposition des Kreditnehmers übertragen hat;" [3]. Eine weitere Möglichkeit der Vertragsauslegung wird in der Anwendung des § 158 BGB diskutiert. Dabei besteht für den finanzierten Abzahlungskauf, soweit ersichtlich, Einigkeit darüber, daß das Zustandekommen der Finanzierung als Bedingung für den Kaufvertrag anzusehen ist [4]. Dies ergibt sich zumeist schon aus den Formularen selber, da der Verkäufer kein Interesse daran hat, den Käufer, der nur aufgrund von Kredit in der Lage ist, die entsprechende Sache zu erwerben, am Kaufversprechen festzuhalten, wenn es nicht zur Kreditgewährung kommt.

Dagegen wird die Bindung des Darlehensvertrages an den Kaufvertrag mit Hilfe des § 158 BGB allgemein abgelehnt, da es sich hierbei um eine Zweckbindung handele, die eine Qualifizierung als Bedingung ausschließe [5]. Schließlich hat der BGH [6] den Verkäufer, bei dem die Kreditantragsformulare

---

1) Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft, S. 153: "Allein die Auslegung der Verträge vermag die materielle Bedeutung für die daraus abzuleitenden Rechtsfolgen zu erschließen."
2) A.a.O. S. 160
3) A.a.O. S. 157
4) Hoerter, Der finanzierte ..., S. 203; Ostler/Weidner AbzG § 6 Anm. 102; LG Essen NJW 58, 869
5) Hoerter, a.a.O. S 202 m. w. Nachw. in Fn. 731; bei Ostler/Weidner, a.a.O Anm. 102 ff., 156 ff., wird diese Möglichkeit nicht einmal erwähnt.
6) NJW 56, 705; 67, 1026, gefolgt von der h. M. Hoerter, a.a.O. S. 153, der dies als absolut h. M. bezeichnet, a.a.O. S. 144 Fn. 488

unterschrieben wurden, nicht als Dritten i. S. des § 123 BGB angesehen, wodurch dessen Täuschungshandlungen zur Anfechtung des Darlehensvertrages berechtigen. Mit dieser Interpretation hatte er einen partiellen Einwendungsdurchgriff verwirklicht. Da der BGH anders entschieden hat, als lediglich der Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten wurde [1], ist anzunehmen, daß die Täuschung des Verkäufers nicht automatisch als arglistige Täuschung in Bezug auf die Willenserklärungen zum Darlehensvertrag angesehen werden kann [2]. Emmerich ist der Meinung [3], daß es "im Grunde nicht zweifelhaft sein (kann), daß wir auch beim finanzierten Abzahlungskauf eine Gesellschaft vor uns haben: ..." Als Verkäufer des finanzierten Gegenstandes tritt demzufolge nicht nur der Händler, sondern "eine wenn auch eigenartig strukturierte Gesellschaft" [4] auf, wodurch sich der Einwendungsdurchgriff als Gesellschaftshaftung nach § 421 BGB lösen würde.

Alle diese Modelle versuchen, an die BGB-Dogmatik, d. h. an den Gesetzeswortlaut oder an die Privatautonomie unmittelbar anzuknüpfen, wobei deren Grundlagen nicht diskutiert werden. Nimmt man die Frage des "Dritten" in § 123 BGB aus, so gilt für alle diese dogmatischen Denkmodelle des wirtschaftlichen Zusammenhangs von Darlehensvertrag und Kaufvertrag, daß sie jeweils nur eine Mindermeinung, oft sogar

---

1) BGH NJW 71, 2303
2) So auch Daum, Der Bundesgerichtshof zum finanzierten Abzahlungskauf, NJW 68, 372 (374); in DuR 75, 156 war ich davon ausgegangen, daß der BGH generell die arglistige Täuschung durch seine Konstruktion aus c.i.c. ersetzen will, da ich der Auffassung von Möllers NJW 67, 1782 (1783) war, daß nach der bisherigen Rspr. die jeweilige Täuschungshandlung beide Verträge erfasse.
3) Der finanzierte Abzahlungskauf, JuS 71, 273 (280)
4) A.a.O.

nur die Meinung eines Verfassers vertreten und sich sämtlich für die Gerichte nicht als praktikable Lösungsstrategien erwiesen haben. [1] Die dabei in der Literatur vorgenommene wechselseitige Kritik ist im einzelnen überzeugend und müßte letztlich zu dem Schluß führen, daß die gemeinsame Argumentationsbasis dieser Ansätze einen Einwendungsdurchgriff nicht zuläßt [2].

Gegen die Anwendbarkeit des § 139 BGB wird vorgebracht, der Zusammenhang müsse sich aus dem Willen der Parteien ergeben, das Geschäft zu einem Ganzen zu verbinden. Ein solcher Wille könne aber gerade dem Finanzierungsinstitut nicht unterstellt werden [3]. Der dogmatischen Erweiterung des § 273 BGB stünden nicht nur der Gesetzeswortlaut, sondern auch die Regeln über den Analogieschluß entgegen, wonach die Verkürzung um ein Tatbestandsmerkmal, nämlich hier die Identität der Personen, die sich als Gläubiger und Schuldner gegenüberstehen, in diesem methodischen Verfahren unzulässig sei [4].

Der herrschenden Interpretation des § 123 BGB für das finanzierte Abzahlungsgeschäft wird entgegengehalten, daß sie aus der dogmatischen Geschichte dieses Paragraphen ausschert, bei dem bisher immer noch ein rechtsgeschäftliches Band zwischen dem Täuschenden und dem Vertragspartner gefordert wurde, wenn man ihn nicht als "Dritten" i. S. des § 123 BGB ansehen wollte. [5] Gegen die Konstruktion einer entgeltlichen Erfüllungsübernahme läßt sich vorbringen, daß schon ihre Prä-

1) Nur mit § 139 BGB wurde forensisch experimentiert, vgl. OLG Karlsruhe MDR 57, 161
2) Vgl. z. B. umfassend Hoerter, Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 220 ff.
3) Hoerter, a.a.O. S. 223
4) Gernhuber, Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft, S. 465
5) Müller-Laube, Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft, S. 17 ablehnend auch OLG Köln NJW 1958, 1237 (1238)

misse, wonach ein Darlehensvertrag gar nicht vorliegen könne, mit dem BGB kaum vereinbar ist. Die freie Verfügbarkeit der Darlehenssumme ist nirgendwo in den §§ 607 ff. BGB zum Tatbestandsmerkmal des Darlehens erhoben worden. Sie würde im übrigen alle Großkredite der Wirtschaft zu entgeltlichen Erfüllungsübernahmen machen und ihnen die Darlehensqualität nehmen, da etwa bei großen Investitionen die Kreditwürdigkeitsprüfung sich gerade auf den Verwendungszweck und dessen Gewinnchancen erstreckt. Eine anderweitige Verwendung als für den angegebenen Darlehenszweck ist bei diesen Projekten in der Regel ausgeschlossen. Im übrigen wird in dieser vorgeblich streng die Vertragsfreiheit respektierenden Lösung vermischt, wovon die Parteien ausgehen und was sie rechtsgeschäftlich zum Inhalt ihrer Verträge gemacht haben [1].

Gegen einen Vertrag zugunsten Dritter zwischen Bank und Konsument spricht, daß der Rahmenvertrag nicht einmal einen besonderen Verpflichtungsgrund dafür gibt, daß die Bank die Valuta dem Verkäufer gutschreibt. Die unwiderrufliche Anweisung (wie sie auch in der Konstruktion der entgeltlichen Schuldübernahme zum Ausgangspunkt der Konstruktion wurde) ist integraler Bestandteil des Darlehensvertrages und gemäß dem Grundsatz der Vertragsfreiheit auch als solche zulässig [2].

Gegen einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte, der in den Rahmenvertrag zwischen Verkäufer und Bank hineingelegt wird, wird eingewandt, daß bei Abschluß des Rahmenvertrages die zu Schützenden nicht ausreichend feststehen, daß eine Verantwortlichkeit deshalb fehlt, weil die für dieses Institut gefor-

---

1) Vgl. Müller-Laube, a.a.O. S. 156; so wohl auch Esser, a.a.O. S. 105, wonach "die Bestimmungserklärung für die Zuwendung der Valuta ein integrierender Teil des Darlehensvertrages selbst (ist)".

2) Esser, Das Verhältnis von Kaufvertrag und Darlehensvertrag, Festschrift Kern S. 105

derte persönliche Bindung zwischen Bank und Konsumenten nicht besteht und im übrigen aus dieser Konstruktion bisher nur Schadensersatz wegen Körperverletzung hergeleitet wurde [1]. Gleiches läßt sich auch der Konstruktion einer BGB-Gesellschaft entgegenhalten, da diese nur Innengesellschaft wäre, wodurch für die Problematik der Vertragsverbindungen nichts gewonnen ist [2]. Im übrigen behalten auch bei einer BGB-Gesellschaft die Gesellschafter die Möglichkeit, auf ihren Namen Geschäfte abzuschließen. Die Annahme, der Konsument kontrahiere hier mit der Verkaufsgesellschaft, kann sich auf die abgegebenen Willenserklärungen nicht stützen.

Schließlich läßt sich einer direkten Anwendung des § 6 AbzG auf den Darlehensvertrag im finanzierten Abzahlungsgeschäft [3] (wodurch ohnehin nur ein Schutz i. S. der §§ 1-5 AbzG und kein allgemeiner Einwendungsdurchgriff erreicht würde) entgegenhalten, daß der Gesetzgeber mangels Kenntnis diesen Bereich nicht hat regeln wollen und durch die beispielhafte Aufzählung anderer Händlerkredite der Wortlaut Bankkredite ausschließt [4].

Der von der herrschenden Meinung vertretenen analogen Anwendung des Abzahlungsgesetzes auf das Darlehen im finanzierten Abzahlungskauf [5] stehen im Prinzip die gleichen Bedenken entgegen. Eine Gesetzesanalogie ist deshalb systemwidrig, weil sich juristisch die Tatbestände des Abzahlungskaufs und des Darlehens nicht vergleichen lassen. Ebenso-

---

1) Hoerter, Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 253; BGH NJW 68, 1929
2) Gernhuber, Austausch und Kredit, S. 468
3) Für diese Lösung Marschall v. Bieberstein, Abzahlungsgeschäft, S. 128, der aus dem Wortlaut "Verträge" (Plural) die unmittelbare Anwendbarkeit begründen will, wobei jedoch unschwer zu erkennen ist, daß hiermit die Vielzahl der zur damaligen Zeit verwendeten Formen gemeint war.
4) Ostler/Weidner, AbzG § 6 Anm. 108; ausführlich Hoerter, a.a.O. S. 211; BGH NJW 61, 167
5) Hoerter, a.a.O. S. 121 m. ausführl. Nachw. Fn. 764

wenig bleibt eine Analogie zwischen zweiseitigen Verträgen und zwei rechtlich als unabhängig qualifizierten Verträgen im Rahmen der BGB-Dogmatik. Die ökonomische und sozialpolitische Vergleichbarkeit steht zwar außer Zweifel, ja beide Verhältnisse sind in dieser Sicht nur im Prinzip unerhebliche Formvarianten des Konsumentenkredits. Eine sozialpolitische oder wirtschaftliche Analogie, die sich nicht am einzelnen Tatbestandsmerkmal, sondern am Sinn eines sozialen Verhältnisses und seiner Regelung orientiert, dürfte der herrschenden Dogmatik jedoch fremd sein [1].

Diese Vielzahl von gesetzesbezogenen Versuchen nachzuweisen, daß mit den herkömmlichen Mitteln der BGB-Dogmatik anhand einzelner Paragraphen oder einer noch genaueren Untersuchung des Parteiwillens eine Übertragung von Rechten aus dem Erwerbsgeschäft zugunsten des Konsumenten auch auf den Darlehensvertrag erreichbar sei, sind wenig überzeugend, da nicht derjenige Recht hat, der alle anderen widerlegt, weil die Fehler der anderen nicht die Fehlerlosigkeit der eigenen Ausführungen beweist. Gernhuber, dessen eigenen Weg wir noch verfolgen wollen, hat diesen Zustand der "peripheren Korrektur" [2] als "Ausdruck eines schon fast quälerischen Bemühens um einen rational faßbaren Rahmen für das mehr irrational Empfundene" [3] bezeichnet.

b) Ableitung eines Einwendungsdurchgriffs durch Rechtsfortbildung

Neben den Versuchen, die einzelnen Institute des BGB in der

1) Sie würde im übrigen, was hier begrüßt würde, den Weg öffnen, etwa Erfolge im sozialen Mietrecht unmittelbar auf das Abzahlungsrecht zu übertragen.
2) Austausch und Kredit, S. 455
3) A. a.O. S. 468

Weise zu dehnen, daß aus ihnen dogmatisch ein Einwendungsdurchgriff folgt, stehen die Bemühungen derer, die erkannt haben, daß es hier nicht nur um quantitative Fortentwicklung, sondern um qualitative Neugestaltung eines Teils der BGB-Dogmatik geht.

Am radikalsten hat sich dabei Anfang der 50er Jahre die Einheitstheorie von dem Denken in isolierten Verträgen freigemacht. Dabei wird der wirtschaftliche Zusammenhang von Darlehensvertrag und Kaufvertrag im finanzierten Abzahlungsgeschäft unmittelbar in die Rechtssphäre übertragen. "Darlehensvertrag und Kaufvertrag bilden eine Einheit, weil sie wirtschaftlich zusammengehören." [1] In verschiedenen Entscheidungen wird die nach dem BGB anzunehmende Trennung beider Verträge als "formaljuristisch" [2] oder "formalrechtlich" [3] oder als "formalistische Betrachtungsweise" [4] bezeichnet. Die Einheitstheorie steht dabei noch stark im Bann des bruchlosen Übergangs vom Händler- zum Bankkredit. Mit der Feststellung "Es hat sich in der Tat nur die Form geändert, nicht die Sache." [5], steht man der Tatsache ungläubig gegenüber, daß durch die Gestaltungsmacht der Kreditgeber Verbraucherrechte die aus der Sicht der Verbraucher nicht weniger notwendig sind als im Händlerkredit, im finanzierten Abzahlungskauf abgeschafft werden. Als Argumentationsstütze wird dabei auf den Schutzzweck des Abzahlungsgesetzes verwiesen, der auf eine wirtschaftliche und nicht auf eine besondere rechtliche Gestaltung gerichtet gewesen sei [6]. Daher ergäbe sich nicht nur aus § 6 AbzG, daß die Aufspaltung des ehemaligen Abzahlungsverkäufers in Verkäufer und Finanzierer den finanzierten Abzah-

---

1) LG Siegen MDR 56, 292
2) OLG Köln MDR 56, 31 (32), das sich im Ergebnis nicht entscheidet, da es einen wirksamen Verzicht auf die Einreden annimmt
3) AG Hamburg MDR 51, 675
4) Ewald, Abzahlungsverkäufe, MDR 55, 69
5) Ewald, a.a.O.
6) Ewald, a.a.O. S. 70

lungskauf zum Umgehungsgeschäft mache [1].

Neuerdings hat Thomas Raiser [2] die Einheitstheorie als Folge einer methodischen Neubesinnung der Zivilrechtswissenschaft gefordert [3]. Verkäufer und Käufer seien nicht als isolierte Individuen für die rechtliche Bewertung relevant, sondern die dogmatische Lösung erschließe sich erst aus deren Verständnis als Rollenträger in der Gesellschaft [4]. Mit Hinweisen auf den Rechtszustand in den USA und in England wird aus dem "wirtschaftlichen Funktionsmechanismus" [5] eine Risikoaufteilung nach den Grundsätzen der Sphärentheorie abgeleitet, wobei diese Theorie ähnlich wie im Arbeitsrecht an der ökonomischen Rolle festgemacht ist. Diese ökonomische Begründung von rechtlichen Bewertungsmustern gibt mit der Rollentheorie die formale Gleichheit der Rechtspersönlichkeiten auf, wenn sie hieraus Schlüsse für die Risikoverteilung ziehen will. Darüber hinaus führt die radikale Forderung, "unter Verzicht auf juristische Taschenspielertricks oder vage Billigkeitserwägungen nach § 242 BGB (die Entscheidung) unmittelbar aus dem Funktionszusammenhang des Wirtschaftslebens abzuleiten" [6], dazu, daß die

---

1) Ewald, Das geltende Abzahlungsgesetz und seine Reform, S. 151 f.; LG Hamburg MDR 50, 220; AG Hamburg MDR 51, 675; sowie noch heute Palandt-Putzo, BGB, 34. Aufl., Anh. zu § 6 AbzG Anm. 3.

2) Einwendungen aus dem Kaufvertrag gegenüber dem Finanzierungsinstitut beim finanzierten Abzahlungskauf, RabelsZ 1969, 457 ff.

3) Ähnlich Reich/Tonner, DB 74, 1146 (1149); Reich JZ 75, 554; Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 195 ff.

4) A.a.O. S. 469

5) A.a.O. S. 470

6) A.a.O. S. 472; ein Vorschlag, der im übrigen in der deutschrechtlichen Tradition nicht neu ist und wohl am radikalsten von Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 3. Aufl. 1967, ausgeführt wurde, als er schrieb: (S. 152) "Der Jurist entnimmt sein Recht den gesellschaftlichen Verhältnissen ..." Nur war bei Ehrlich noch die Erkenntnis vorhanden, daß gesellschaftliche und ökonomische Tatsachen nicht objektive unmittelbar einsichtige und rechtlich transformierbare Größen sind, sondern immer auch Ausdruck von Machtverhältnissen, die im konkreten Fall nicht mit den allgemeinen Machtverhältnissen im Staate, wie sie im gleichen und allgemeinen Recht zum Ausdruck

Forts. s. S. 219

Frage der Darstellungsautorität von wirtschaftlichen Zusamm
hängen unreflektiert bleibt. Wie gefährlich auch dieser sozio
gische Positivismus für die Rechtssicherheit ist, zeigen die
genen ökonomischen Ausführungen von Th. Raiser, in denen
der wirtschaftliche Tatbestand nur bezüglich seiner Oberflä-
chengestalt, d. h. letztlich von der juristischen Form her d
gestellt wird [1] und die einzige vom ökonomischen Inhalt her
motivierte Bemerkung, diese Kreditform versetze den Käufer
in die Lage, "früher zu kaufen, als er es ohnehin könnte" [3]
in dieser Form nicht richtig ist.

Raiser übersieht mit seiner radikalen Rechtfertigung der ric
terlich gefundenen Einheitstheorie, daß Recht immer wertend
und nicht reine Beschreibung der gesellschaftlichen Wirklich
ist und daß diese Wertung demokratisch über die Instanzen d
Staates im Gesetzgebungsverfahren legitimiert zu sein hat,
während die reine Beschreibung nichts anderes als das Abbil
von nicht demokratisch legitimierten, sondern allein faktisch
Machtverhältnissen ist.

---

6) Forts. von S. 218:
gekommen sind, übereinzustimmen brauchen. Für Ehrlich ist
her die Wirkung der Faktizität gesellschaftlicher Verhältniss
im Recht nur dort legitim (a.a.O. S. 160), "wo die Machtver
hältnisse ganz unzweideutig liegen oder wo das Interesse der
Gesamtheit wenigstens für das allgemeine Bewußtsein ganz
zweifellos spricht."

1) Dies auch noch unrichtig, wenn etwa überwiegend von einer l
fenden Geschäftsverbindung zwischen Verkäufer und Finanzie
rungsinstitut ausgegangen wird (a.a.O. S. 468)

2) Nicht den einzelnen, sondern den Rollenträger Käufer!

3) A.a.O. S. 469; das "könnte" bezieht sich dabei nicht auf die
sellschaftliche Situation, wie sie ohne Konsumentenkredit be
de, sondern auf die Situation, wie sie bestünde, wenn der Ko
mentenkredit ohne Veränderung der übrigen Wirtschaftsstrul
hinweggedacht würde, was eine arge Fiktion darstellt. Im üb
gen bleibt unerklärlich, warum der rollentheoretische Ansat
Abgehen von den Individualinteressen nahelegt, wobei dann n
noch der "Mechanismus des Wirtschaftskreislaufs" (a.a.O.)
deus ex machina seine Marionetten tanzen läßt. Der rollenth
tische Ansatz sollte doch gerade Mittel sein, die gegensätzli
Individualinteressen besser zu verstehen. Vgl. insgesamt da
Frigga Haug, Kritik der Rollentheorie, sowie unten S. 398 F

Trotzdem ist dieser Durchgriff auf die wirtschaftlichen Zusammenhänge in anderer Weise notwendig, nämlich dort, wo die rechtliche Wertung dadurch verzerrt ist, daß mit den dogmatischen Begriffen nicht an der Wirklichkeit selber, sondern an einer ideologischen Vorstellung von ihr angeknüpft wird.

Gegenüber der mehr den Regeln öffentlich-rechtlicher Gestaltung angepaßten Einheitstheorie, die nach dem SPD-Entwurf vom 5. 2. 1964 [1] in § 8 Abs. 3 auch Bestandteil eines neuen Abzahlungsgesetzes werden sollte, haben andere Autoren versucht, in der Zivilrechtsdogmatik (und nicht im Gegensatz zu ihr) ähnliche Durchgriffsmöglichkeiten institutionell zu verankern.

So lehnt etwa Marschall v. Bieberstein [2] den Gegensatz wirtschaftliche Einheit und rechtliche Trennung überhaupt ab und versucht unter der Prämisse eines effektiven vom Abzahlungsgesetz gewollten Verbraucherschutzes die Einheit de facto über eine Neuinterpretation der bereits behandelten Paragraphen des BGB zu erreichen. Seiner Auffassung nach findet § 404 BGB [3] im Verhältnis zur Bank Anwendung, weil es sich beim Geschäft um eine verhüllte Abtretungskonstruktion handele. Gleichzeitig wird die Lösung nach § 139 BGB und eine direkte Anwendung des § 6 AbzG vertreten, so daß insgesamt die Ergebnisse der Einheitstheorie erreicht werden. Daß diese Lösungen keine Konsequenz der herkömmlichen Dogmatik sind, sondern ihr widersprechen, wurde bereits zu § 6 AbzG und § 139 BGB ausgeführt. Für § 404 BGB gilt das gleiche, da es sich hier überhaupt nur um dispositives Recht handelt, für das der Begriff des Umgehungsgeschäftes bisher zumindest unbrauchbar war [4].

---

1) BT-Drucks. IV/1895
2) Abzahlungsgeschäft, S. 109
3) A.a.O. S. 139 ff.
4) Vgl. zur Kritik Hoerter, Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 200 m. w. Nachw. Fn. 727

Diese Lösung von v. Bieberstein ist im Grunde nur aus der C
tion für die Einheitstheorie verständlich. Um mit dem Begriff
des "verhüllten Abzahlungsgeschäftes" sinnvoll arbeiten zu kö
nen, müßten zunächst die wesentlichen inhaltlichen und nicht n
die formalen Bestimmungen des zugrunde liegenden ökonomi-
schen Verhältnisses herausgearbeitet werden. Danach ist der
nanzierte Abzahlungskauf keineswegs ein versteckter einfacher
Abzahlungskauf, sondern beide sind verschiedene, je nach den
konkreten historischen Bedingungen mehr oder minder benutzt
Ausprägungen des "Konsumentenkredits", ebenso wie es die a
deren Formen Leasing, Privatdarlehen und Kreditkarten etc.
sind. Die Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes könnte daher
nur dadurch hergeleitet werden, daß das Abzahlungsgesetz als
Schutzgesetz für den ratenweise rückzahlbaren Konsumentenkr
aufgefaßt würde, womit die anderen gebräuchlichen Formen, :
besondere auch das stark diskutierte Finanzierungsleasing, er
faßt würden. Diese Interpretation könnte sich jedoch nicht me
auf den historischen Sinn und Wortlaut des Gesetzes stützen,
in § 6 AbzG alle ratenweise rückzahlbaren Händlerkredite im
Konsumentenkredit (sowie Investitionskredite an Nicht-Kaufleu
erfassen wollte. Für den bankmäßig gewährten Konsumentenkr
dit fehlt dagegen eine besondere Regelung [1].

Gernhuber [2] hat vorgeschlagen, dem Synallagma des zweisei
gen Vertrages, wie es in den §§ 320 ff. BGB niedergelegt is
einen multilateralen rechtsgeschäftlichen Verbund mehrerer V
träge hinzuzufügen, dessen Grundlage in dem Finalnexus von
Darlehns- und Kaufvertrag (bzw. entsprechend für das finanzi
te Ehemäklerversprechen) zu finden sei. Dieser rechtsgeschä

1) Sie wird jedoch inzwischen von Eike von Hippel, Verbraucher
schutz, S. 132, und König, Konsumentenkredit, S. 18, geford
Vgl. dazu auch Reifner, Abzahlungsrecht und Verbraucherscha
DuR 75, Heft 2 S. 133

2) Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund, S. 47

lich verankerte und damit letztlich doch wieder dem Parteiwillen zugeordnete Verbund soll allerdings nicht auf die Interpretation der AGB der Banken beschränkt bleiben, sondern soll schon dann gegeben sein, "wenn das Leistungsprogramm eines Schuldverhältnisses dergestalt mit dem des anderen verbunden wird, daß jeweils eine Partei mit ihrem Anspruch im Erfüllungsstadium an das andere Schuldverhältnis gebunden ist." [1] Als unwiderlegliches Indiz, das auch nicht vertraglich durch Verzichtsklauseln überdeckt werden kann [2], soll die vertragliche Verweisung des Käufers auf die Darlehensvaluta als Kaufpreiszahlung [3] und die Pflicht der Bank zur Auszahlung der Darlehensvaluta [4] an den Verkäufer dienen. Der hierdurch als rechtsgeschäftlicher Verbund typisierte Vertrag soll die Gestaltungsmöglichkeit der Banken und Verkäufer in der Weise einengen, daß sie vor die Alternative eines Personalkredits oder eines rechtsgeschäftlichen Verbundes gestellt sind. [5] Die Konstruktion erscheint reizvoll, knüpft sie doch an zur Rechtserzeugung legitimierte Faktoren wie den Parteiwillen an und stellt über den genetischen Verbund die Rechtsfolgen eines erweiterten § 139 BGB, über den funktionellen Verbund die zu § 404 BGB vertretenen Rechtsfolgen her. Trotzdem steht diese Konstruktion auf ebenso wankendem Boden der Gestaltungsmacht der Banken wie die übrigen bei Gernhuber [6] aufgezählten zufälligen Indizien des Zusammenhangs beider Verträge, wie sie die Rechtsprechung verwendet. Hat die Bank eine solche Monopolstellung erreicht, daß sie zwar vom Verkäufer die Zuweisung von Kreditsuchenden erhält, gleichzeitig aber dem Kreditnehmer das Verfügungsrecht überlassen kann, so würde ihre zusätzliche Macht mit der Befreiung von den Einwendungen aus dem Kaufvertrag belohnt.

---

1) A.a.O. S. 473
2) A.a.O. S. 488
3) A.a.O. S. 474
4) A.a.O. S. 475
5) A.a.O. S. 478
6) A.a.O. S. 473

Praktisch würde sich nichts ändern, da die Anweisung zur Ü
weisung dann vom Kreditnehmer ausginge, was heute schon ü
lich ist. [1]

Irreführend an der Begründung dieser Konstruktion ist auch c
Bezeichnung "rechtsgeschäftlich". Damit wird eine Rechts- u
Pflichtenerzeugung durch Parteiwillen impliziert, die, wie si
aus dem regelmäßigen Ausschluß des Einwendungsdurchgriffs
den Kreditformularen ergibt, gerade nicht zum Inhalt des Ve
trags gemacht werden sollte. In Wirklichkeit wird hier, wora
auch das Wort "Final"nexus hindeutet, der soziale Zweck ein
Rechtsgeschäftes unwiderruflich zum Inhalt des Vertrages ge-
macht. Nach der herkömmlichen Zivilrechtsdogmatik erzeugt
dieser Zweck jedoch nur in besonderen Fällen wie etwa bei c
Geschäftsführung ohne Auftrag in den §§ 679 f. BGB besonde
Rechte und Pflichten. §§ 459 ff. BGB schützen auch nicht de
Gebrauchswert der Sachen als solchen, sondern nach h. M.
mit dem subjektiven Fehlerbegriff letztlich nur die im Vertrag
drücklich oder konkludent vereinbarte Beschaffenheit. Eine H
tung soll nur für "zugesicherte Eigenschaften" eintreten. § 1
BGB kennt keine Anfechtung wegen Zweckirrtums usw.

Bei Gernhuber liegt im Grunde eine neue Auffassung von der
rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit und damit von der In
terpretation eines Rechtsgeschäftes vor, wie sie mit gleicher
Stoßrichtung in der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlag
zum Ausdruck kommt.

---

1) Selbst die Noris-Bank als 100 %ige Tochter von Quelle läßt h
te dem Kunden die Wahl zwischen freier Verfügung und gebun
nem Kredit, da der räumliche Zusammenhang mit dem Kaufh
sowie die gemeinsame Werbung ohnehin eine hohe faktische V
bundenheit garantiert.

2) RGZ 99, 147 ff.; BGHZ 52, 51 ff.

Diese in der Literatur wohl am weitesten verbreitete Begründung zum Einwendungsdurchgriff [1] stützt sich nicht unmittelbar auf den Parteiwillen, sondern leitet die Rechtsfolgen einer Abweichung der Wirklichkeit von den Vorstellungen und Erwartungen der Parteien bei Vertragsschluß aus § 242 BGB her [2]. Der über den bei Vertragsschluß erklärten Inhalt der Willenserklärung hinausgehende Zweck des Rechtsgeschäftes wird durch diese Lehre in die sozialen Bedingungen eingebettet, die ihn voraussetzen. Dies geschieht nicht generell, sondern erfolgt über zwei Wertungsbarrieren, die letztlich im Bereich des richterlichen Rechtsgefühls verankert sind: einmal die Frage, welche Umstände in den "Adelsstand" einer Geschäftsgrundlage erhoben werden sollen, zum anderen, ob deren Wegfall von den Parteien redlicherweise hätte geregelt werden müssen. Die Lehre von der Geschäftsgrundlage ist in ihren durch die bisherige Rechtsprechung und Lehre gegebenen Grenzen [3], insbesondere auf der Rechtsfolgeseite, ungeeignet, den Zweck der rechtlichen Konstruktionsversuche, nämlich die Verbindung der beiden Verträge zu erreichen, da aus ihr nur Anpassung an die veränderte Wirklichkeit oder maximal ein Rücktrittsrecht gefolgert wird [4]. So besteht auch über die Rechtsfolgen keine Einigkeit. Während Ostler/Weidner [5] bei Wegfall der Geschäftsgrundlage § 812 BGB anwenden wollen, kommt Larenz [6] über eine Analogie zu § 779 BGB zur Totalnichtigkeit. Esser [7] sieht ebenfalls den Kaufvertrag als Geschäftsgrundlage des

---

1) Ostler/Weidner AbzG § 6 Anm. 156; Möllers NJW 56, 1742; Larenz, Das Zurückbehaltungsrecht im dreiseitigen Rechtsverhältnis, S. 204; weitere Nachweise bei Hoerter, Der finanzierte ...., S. 224 f. Fn. 802-807; neuestens Baur, Rückzahlungsanspruch des Abzahlungskäufers gegen die Finanzierungsbank bei nicht ordnungsgemäßer Leistung durch den Verkäufer? NJW 75, 2008 (2009)

2) Vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, 3. Aufl. 1970 § 7 II

3) Vgl. BGHZ 47, 52

4) So Esser, a.a.O.; Medicus, Bürgerliches Recht, § 7 III Nr. 3; a. A. Larenz, a.a.O.

5) a.a.O.

6) a.a.O.

7) Das Verhältnis von Kaufvertrag und Darlehnsvertrag ... S. 108

Darlehnsvertrags an, hält diese Lösung jedoch nicht für prak kabel, da der Wegfall der Geschäftsgrundlage maximal ein Rücktrittsrecht gewähre. Er sieht in dem Zustandekommen d Kaufvertrages eine Zwecksetzung des Darlehensvertrages, wo durch eine Rückabwicklung nach § 812 Abs. 1, 1. Alt. BGB möglich wird. Diese Zwecksetzung wird allerdings nicht aus dem Verhalten der Parteien, sondern aus dem Rahmenvertra abgeleitet [1]. Hoerter [2] will dem Käufer ähnlich wie Esser einen Bereicherungsanspruch jedoch aus § 812 Abs. 1 S. 2 zweiter Fall BGB zubilligen.

Außerdem bricht diese Lehre im Ergebnis mit der in-

---

1) A.a.O. S. 109
2) Der finanzierte ..., S. 229

dividualistischen Willenstheorie zugunsten einer sozialen Zweckbestimmung von Vertragsverhältnissen, da die regelmäßige Formularklausel, wonach Rechte aus dem Verhältnis zum Verkäufer der Bank nicht entgegengehalten werden können, gerade in Anbetracht eines solchen möglichen "Wegfalls der Geschäftsgrundlage" eingefügt wird. Von der vertraglichen Nichtberücksichtigung dieses Ereignisses kann daher keine Rede sein. Ehrlicher sollte man daher nicht die "Redlichkeit" trotz entgegenstehender AGB unterstellen, sondern die Berücksichtigung der sozialen Bestimmung des Konsumentenkreditverhältnisses als Schranke privatautonomer Definitionsmacht anerkennen.

Gegenüber den Versuchen, aus den Verträgen entsprechende rechtsgeschäftliche Verpflichtungserklärungen der Banken herauszulesen (Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte; entgeltliche Schuldübernahme), aus dem faktischen Erscheinungsbild des Zusammenhangs beider Verträge eine rechtliche Verbindung herzuleiten (§ 139 BGB; § 273 BGB; Einheitstheorie; Theorie der Normativität des ökonomischen Zusammenhangs) oder aus der Parallelität zum Händlerkredit, dessen Rechtslage zu übertragen (Umgehungsgeschäft § 6 AbzG; § 404 BGB), haben die zuletzt genannten Versuche (rechtsgeschäftlicher Verbund; Geschäftsgrundlage; Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung) zwei neue Elemente in die Diskussion gebracht: Zum einen wird in diesen Konstruktionen nicht mehr vom Erwerbsgeschäft ausgegangen und damit nicht mehr der Versuch gemacht, den Kaufvertrag lediglich dem Darlehensvertrag überzustülpen, sondern der Rechtsgrund der Verbraucherrechte wird aus dem

---

2) von S. 281:
Vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, 3. Aufl. 1970 § 7 II
3) Vgl. BGHZ 47, 52
4) So Esser, a.a.O.; Medicus, Bürgerliches Recht § 7 III Nr. 3; a. A. Larenz, a.a.O.

Kreditvertrag selber abgeleitet, zum anderen wird durch die beziehung des Zwecks des Kreditgeschäftes über den durch di formalisierten Zwecksetzungen des § 607 BGB gezogenen Rah hinaus der Darlehnsvertrag wenigstens partiell in einen sozial Zusammenhang hineingestellt.

Beide Aspekte, die Konzentration auf das Verhältnis Bank - Konsument und auf den eigentlichen sozialen Inhalt der Leistungspflichten im Kreditverhältnis, sind Ausgangspunkte, die den sozio-ökonomischen Bestimmungen des Konsumentenkredit weit näher kommen als das hilflose Verweilen an der Vorstel von Kredit als Forderungsstundung im Erwerbsgeschäft.

Auch die zuletzt genannten Versuche teilen jedoch mit allen ü gen Konstruktionen den Mangel, daß sie nicht am Wesen, son dern an Erscheinungsformen des Konsumentenkredits festmach und Kriterien für die Verbraucherschutzrechte angeben müsse wie unwiderrufliche Anweisung auf Auszahlung der Darlehensv luta an den Händler, Rahmenvertrag zwischen Händler und B ständige Geschäftsverbindung, Abschluß des Darlehensvertrag im Geschäftslokal des Händlers, Bindung an ein bestimmtes Bankinstitut, Sicherungsübereignung etc., die zur Disposition Geschäftswelt stehen und längst im massenhaften Geldabsatz den Konsumenten aufgegeben worden sind. Die Furcht davor, der Wurzel, dem ökonomischen Inhalt der Abzahlungsg schäfte, d. h. am Konsumentenkredit anzusetzen, läßt das G schriebene ebenso wie den Streit um die Rechtsnatur des Möl leihvertrags um die Jahrhundertwende zur Makulatur werden, bevor die neuen Konstruktionen überhaupt gewürdigt werden k nen.

Der Grund hierfür liegt im Selbstverständnis einer Zivilrecht methodik, die sich immer nur an den neuen Erscheinungen e ner veränderten Wirklichkeit orientiert, ohne die Gesetzmäßi

keiten dieser Entwicklung selber systematisch zu erfassen.

c) Zum Selbstverständnis der Konstruktionen der Lehre gegenüber der Praxis

Mit den juristischen Konstruktionsversuchen wird nur selten die Frage gestellt, warum eine entsprechende Rechtsfortbildung überhaupt geboten ist. Warum in diesem Bereich, für den das BGB mit der Privatautonomie und der juristischen Isolation verschiedener Aspekte eines wirtschaftlichen Vorgangs durchaus eine den Kriterien der Rechtssicherheit genügende Lösung bereitstellt, die lediglich den Konsumenten entrechtet und den Banken mit der Gestaltungsmöglichkeit alle Rechte zuordnet [1], überhaupt ein "Rechtsproblem" entsteht, bleibt als rechtspolitische Fragestellung unerörtert [2]. Diese Frage scheint durch die Gerichte bereits weitgehend vorentschieden. Der Rechtswissenschaft geht es oft nur um die "Ableitung" der zumeist nicht lege artis gefundenen Ergebnisse.

So stellt Mück [3] es als entscheidenden Erfolg seiner Arbeit dar, daß es ihm gelungen ist, "die vom BGH ... zugelassene Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen ... konstruktiv durch den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (zu) erklären." Das Bestreben, möglichst alle in der Praxis bereits entschiede-

---

1) So auch Emmerich JuS 71, 280/281

2) Ausnahmen hierbei bilden Ewald, Teilzahlungsfinanzierungsinstitut und Händler, MDR 1960, 9: Als Begründung gibt er an, daß die Finanzierungsinstitute versuchen, "jegliches Risiko von sich abzuwälzen" und "man sich über das ständige Steigen der Dividenden derartiger Unternehmen nicht zu wundern" braucht bzw. daß es "zahlreiche Unzuträglichkeiten, die sich aus den geschäftlichen Praktiken des modernen Abzahlungshandels ergeben haben" gibt (Um die 'Einheit' zwischen Darlehensvertrag und Kaufvertrag, MDR 56, 583 bezüglich seiner Schrift: Das geltende Abzahlungsgesetz und seine Reform); vgl. auch Strätz, Aushöhlung des Käuferschutzes beim finanzierten Abzahlungskauf, JR 72, 95, dem es darum geht, "diesen Schutz künftig zu gewähren".

3) Die Gewährleistungsansprüche des Käufers, S. 62

nen Fälle in einer neuen Konstruktion als dogmatische Konse
erscheinen zu lassen, bilden auch den Inhalt von Essers "An
strengungen ..., die praktizierten neuen Wege der Rechtspre
chung der unserer Jurisprudenz glücklicherweise noch immer
eigenen Kontrolle zu unterwerfen." [1] Bei Emmerich besteht
Erfolg der Arbeit darin, daß sich nun "mühelos alle bisher s
zum finanzierten Abzahlungskauf entwickelten Regeln (erkläre
lassen. Der wissenschaftliche Anspruch reduziert sich darau
das ins System zu bringen, was durch die Gerichtshöfe gera
nicht aus diesem System geschöpft wurde und dabei noch den
Schein zu erwecken, als wäre dieses Recht immer schon als
tentes Recht in den Gesetzen verborgen gewesen. Der Rechts
chung, der wiederum vorgeworfen wird, ihre Begründungen t
gen das Ergebnis nicht und seien nichts anderes als der Ver
"dogmatische Rechtgläubigkeit unter Beweis zu stellen" [3] od
dienten nur als ein "Arsenal sich vielfältig überschneidender
Rechtsinstitute ..., die es ihr in praktisch jedem Einzelfall
lauben (Hervorh. v. Emmerich), sich über die nur äußerlich
festgehaltene Trennung von Kauf- und Darlehnsvertrag hinwe
setzen" [4] oder daß die gesetzliche Begründung der Rechtspr
chung "vornehmlich als Mittel zum Einbruch sozialpolitische
Erwägungen in die Vertragssystematik herangezogen wurde"
wird doch im Ergebnis die Position des blinden Sehers der
tike zugestanden, der Richtiges erkennt, ohne es rational be
gründen zu können [6]. Dabei wird z. T. nicht abgestritten,
die Veränderung der Rechtsprechung sich aus anderen Wurze
als der Dogmatik speist, wenn z. B. Larenz die Einzelteile
höchstrichterlichen Rechtsfortbildung zusammensetzt und ihne

---

1) Das Verhältnis von ... Festschrift Kern S. 88
2) Emmerich JuS 71, 280
3) Gernhuber, Austausch und Kredit, S. 457
4) Emmerich JuS 71, 280
5) Müller-Laube, Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft, S. 1
6) Vgl. BVerwG NJW 68, 315, wonach "ein Wandel der Rechtsa
fassung - ... - nur bedeuten (kann), daß das 'Recht' bisher
nicht 'richtig' erkannt worden ist."

summarisch attestiert, daß sie dem (welchem?) Schutzbedürfnis des Käufers voll Rechnung trage und auch praktikabel sei [1] und Esser [2] feststellt, daß "alle diese Zurechnungen von dogmatisch peripherer Bedeutung im Verhältnis zu dem zentralen Anliegen der Rechtsprechung, die gesamte Vertragslage des Käufers unter den vom Abzahlungsgesetz inaugurierten Schutz zu stellen", sind. Statt diese Triebkräfte der Rechtsprechung zu untersuchen, ihre Legitimität und ihre politische Richtung insbesondere anhand der Verfassung zu messen, wird mit der "positiv-rechtlichen Begründbarkeit" [3] Irrationalität in den Motiven der Entscheidungsfindung überdeckt.

Die Ursache dafür, daß heute in fast allen Konstruktionen der Rechtswissenschaft der Einwendungsdurchgriff im finanzierten Abzahlungsgeschäft in irgendeiner Form befürwortet wird, liegt weder darin, daß nunmehr das "richtige" Recht [4] erkannt worden ist, noch darin, daß mit dem Gedanken des Verbraucherschutzes die Rechtswissenschaft die "Rechtsidee" entsprechend fortentwikkelt hätte. Vielmehr reagierte die Rechtslehre nur auf die Veränderungen der Rechtsprechung über die Untergerichte bis hin zum BGH, die wiederum Veränderungen in der Wirtschaft, im politischen Kräfteverhältnis und in der "öffentlichen Meinung" wi derspiegelten und dabei ohne große Skrupel dogmatische Rechtgläubigkeit rechtspolitisch "richtiger" Entscheidungsfindung opferten [5].

---

1) Das Zurückbehaltungsrecht ..., Festschrift Michaelis S. 196
2) A.a.O. S. 93
3) A.a.O. S. 94
4) BVerwG NJW 68, 315
5) Diese Form der Rechtsfortbildung aus politischen Motiven findet sich auch vereinzelt in der Lehre entweder bei sozial engagierten (Ewald, Strätz, Gilles) oder den Banken verpflichteten (Ostler, Möhring, Müller-Laube, Fischer) Autoren.
Selbst dort zieht man es jedoch meist vor, die eigene Rechtsfortbildung nicht auf eine eigene rechtspolitische Reaktion auf Wirtschaft und Politik, sondern als Reaktion auf eine veränderte Rechtsprechung darzustellen.

Die Beobachtung der Rechtsprechungsentwicklung im Zusamm
hang mit der allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklung er-
scheint daher für ein Verständnis der augenblicklichen Recht
ge zum Einwendungsdurchgriff aufschlußreicher als die Disk
sion abstrakter, ihre eigene Herkunft verleugnender Modelle
der Rechtslehre.

3. Die Lösung der Rechtsprechung

a) Die Entwicklung des Einwendungsdurchgriffs in der Re
sprechung

Die Geschichte des Einwendungsdurchgriffs im Konsumentenk
ditrecht beginnt nicht erst mit der Trennung von Kaufvertra
und Darlehensvertrag im finanzierten Abzahlungsgeschäft [1],
das hinter diesem vieldiskutierten Rechtsproblem stehende W
schaftsproblem unter den verschiedenen Bedingungen nur ein
jeweils andere Rechtsform annahm. Die materielle Lage des
Kreditnehmers und Käufers bei der Durchsetzung seiner Mä
gelrechte zu der Zeit, als das einfache Abzahlungsgeschäft
vorherrschte, war keineswegs besser, nur daß zur damalige
Zeit der Einwendungsausschluß nicht durch die Konstruktion
trennter Verträge, sondern durch einen formularmäßigen Au
schluß der Mängelrechte erreicht wurde. In seiner Entschei
dung vom 29. 10. 1956 [2] war dem BGH diese Abhängigkeit
Rechtsfrage eines Einwendungsdurchgriffs von der Frage ein
Zulässigkeit des Mängelausschlusses noch bewußt Dort he
es: "Maßgebend ist insoweit die Frage, ob es zulässig ist,
allgemein gefaßten Formularverträgen die Haftung für jedwe
Sachmangel gegenüber dem letzten Abnehmer auszuschließen
Ist nämlich diese Frage ... zu verneinen ..., dann gewinnt
die ... Frage nach der Möglichkeit, sich gegenüber dem An
spruch des Kreditinstituts (...) ... zu verteidigen, ein völl

1) Dies meint allerdings der BGH zuletzt NJW 75, 1317, wenn
sagt, daß durch die Aufspaltung der Verträge ein neuer Nach
für den Käufer entstanden sei.
2) NJW 57, 17 (18)

anderes Gewicht." Nachdem das Reichsgericht sich außerordentlich zögernd mit Hilfe des § 138 BGB [1] oder des § 242 BGB [2] gegen eine totale Rechtlosstellung des Käufers durch die Freizeichnungsklauseln gewandt hatte [3], konnte die übliche Überwälzung von Produktions- und Distributionsrisiken in dem neuen rechtlichen Gewand einer Trennung von Kaufvertrag und Darlehensvertrag vor allem im B-Geschäft des finanzierten Abzahlungskaufs in den Mittelpunkt der rechtlichen Diskussion rücken [4]. Anlaß hierfür waren zunächst die Fälle, in denen ein Händler sich vor allem zum Zweck der Umgehung des Abzahlungsgesetzes bei wirtschaftlicher Identität juristisch in Kreditgeber und Verkäufer aufgespalten hatte. So wies das Kammergericht [5] bereits 1929 eine Zahlungsklage des Kreditgebers ab, weil zwischen Verkäufer und Kreditgeber ein solcher wirtschaftlicher Zusammenhang bestand, daß die Einschaltung eines Finanzierers nur als rein organisatorische Maßnahme erschien [6]. Danach mußte die Beziehung zwischen Kreditgeber und Verkäufer so eng sein, daß der Verkäufer lediglich als "Strohmann" des Kreditgebers erschien und "nur im Auftrag und für Rechnung (des Kreditgebers) tätig zu werden pflege." [7] Ähnlich entschied auch das OLG Königsberg [8], als es den Verkäufer, dessen Tochterfirma die Finanzierung übernahm, als vorgeschobene Person eines Dritten ansah. Demgegenüber findet sich 1930

---

1) RGZ 143, 24; JW 31, 2719
2) RGZ 168, 329; DR 41, 1726
3) Vgl. auch RGZ 87, 335; 96, 268
4) Zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. die detaillierte Darstellung der Entscheidungen in der zeitlichen Reihenfolge bei M. v. Bieberstein, Das Abzahlungsgeschäft und seine Finanzierung, S. 41 ff., sowie die tabellarische Übersicht aller Entscheidungen des BGH bei Hoerter, Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 343 ff.
5) JW 31, 75
6) In einem Fall, in dem diese Kriterien einer Identität nicht gegeben waren, hatte das Reichsgericht das gleiche Ergebnis bereits über § 138 BGB erreicht (RGZ 128, 251)
7) RGZ 128, 251 (254)
8) LZ 1930 Sp. 1336

noch ein Urteil des LG Berlin [1], in dem trotz wirtschaftlicher Identität von der Anwendung des Abzahlungsgesetzes auf den Kreditvertrag abgesehen wird, da dies zu einer vollkommenen "Verwirrung der Rechtsbeziehungen" führen würde.

Auf der anderen Seite gab es schon vereinzelte Entscheidungen, die über den Begriff eines verhüllten Abzahlungsgeschäftes die Bestimmungen des Abzahlungsgesetzes auch dann auf das Finanzierungsinstitut anwenden wollten, wenn die gesamte Aktivität "von der Verkäuferfirma aus (geht), die selbst zur Kreditgewährung nicht in der Lage ist und sich deshalb ihres Finanzierungsinstituts in der üblichen Form bedient." [2] Alle Entscheidungen, die bis in das Jahr 1937 hineinreichen, beschäftigen sich im wesentlichen mit den durch das Abzahlungsgesetz erworbenen unabdingbaren Rechten im Abzahlungskauf und versuchen, für die Fälle des "Strohmanns" einen Einwendungsdurchgriff zu erreichen.

Ähnlich wie in der Zeit vor Erlaß des Abzahlungsgesetzes beschäftigen sich nach der Währungsreform vom 20. VI. 1948 vor allem wieder die Untergerichte verstärkt mit Möglichkeiten, verbraucherschützend in die formalrechtliche Gestaltung des

---

1) KGBl 1931, 45

2) So KG v. 19. 5. 1933 - 28 U 14369/30. Ob es sich hier allerdings nicht doch um eine wirtschaftliche Identität (vgl. die Formulierung "ihr Finanzierungsinstitut") handelte, muß mangels Sachverhaltswiedergabe dahinstehen, so daß der Schluß M. v. Biebersteins, a.a.O. S. 47, bei dem dieses Urteil in Auszügen abgedruckt ist, es handele sich um eine weitergehende Entscheidung, von der wiedergegebenen Begründung des Gerichts nicht getragen wird; widersprüchlich ist dagegen die Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 152, 283; dazu M. v. Biebersteins a.a.O. S. 49 m. w. Nachw.

mehr überwiegenden finanzierten Abzahlungsgeschäfts nach dem Berliner Modell einzugreifen. Dabei sind die zuerst veröffentlichten Entscheidungen am radikalsten. Aus der tatsächlichen Gestaltung des finanzierten Abzahlungsgeschäftes wird aus der Sicht des Verbrauchers eine wirtschaftliche Einheit abgeleitet, da dasselbe Ziel wie beim einfachen Abzahlungskauf nunmehr durch ein aufgespaltenes Geschäft erreicht würde [1].

In Abkehr von einer "formalrechtlichen" [2] Betrachtungsweise wird der Schutz des Verbrauchers in den Mittelpunkt gestellt und die Erkenntnis auch in der Rechtsprechung für kurze Zeit deutlich, daß es sich bei den aufgeworfenen Problemen unabhängig von der rechtlichen Gestaltung wirtschaftlich um die Kontinuität einer Auseinandersetzung zwischen Verbrauchern und Handels- und Finanzkapital handelt, wobei die "formaljuristische Betrachtungsweise den wirklichen Lebensvorgängen nicht gerecht wird." [3]

Die Hinwendung zu den Interessen der Verbraucher fiel in eine Zeit, in der in der öffentlichen Meinung noch nicht geklärt war, ob es zu einer Restauration der Marktwirtschaft mit ihren juristischen Implikationen formalisierter Freiheit kommen würde. Die Zusammenarbeit großer Industriekonzerne mit dem Hitler-Faschismus war noch stark im Bewußtsein verankert, so daß nach den Sozialisierungsforderungen im Ahlener Programm der CDU und im Münchener Programm des DGB in fast allen Länderverfassungen von 1948 neben den formalen Abwehrrechten des späteren Grundgesetzes soziale und wirtschaftliche Grundrechte festgelegt wurden, deren unmittelbare Geltung das zivil-

---

1) LG Hamburg MDR 50, 220; AG Hamburg MDR 51, 675; OLG Bremen NJW 52, 347; OLG Braunschweig MDR 51, 677 bestätigt durch BGH NJW 52, 33
2) So AG Hamburg a.a.O.
3) AG Hamburg a.a.O.

rechtliche Denken entscheidend verändert hätte [1]. In dem Ve
bot des "Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht" [2] der Ver-
fassungen zeigte sich, daß in weiten Teilen der Bevölkerung
kannt worden war, daß das formale Freiheitssystem kein Ga-
rant gegen Entrechung und Willkür bot. Noch 1949 hatte der
DGB in seinen wirtschaftspolitischen Grundsätzen [3] ausgeführ
"Volkswirtschaftliche Planung steht aber auch im Gegensatz z
der chaotischen Marktwirtschaft, die in Deutschland seit der
Währungsreform herrscht und zu ungeheurer Kapitalverschwe
dung durch Fehlinvestitionen und Erzeugung von Luxusgütern,
zur Ausbeutung der Verbraucher durch ungerechtfertigt hohe
Preise ... geführt hat."

Das alternative Sozialstaatsmodell [4] war zu der Zeit, als 19
noch auf massiven Streikdruck der Gewerkschaften die Monta
mitbestimmung durchgesetzt wurde, nicht nur in der Staatsve
fassung, sondern auch in der Konkurrenz sozialer und wirt-
schaftlicher Betrachtung gegenüber formalistischer Methode i
der Rechtsanwendung deutlich, wie es sich bis in die Diskus
nen der Zivilrechtler L. Raiser und Flume auf der Staats
rechtslehrertagung 1952 [5] zeigte. Unter diesen Bedingungen
deuteten die Zugeständnisse, die die Untergerichte an eine
wirtschaftliche Betrachtungsweise und den Verbraucherschutz
machten, nichts anderes, als daß sie sich in die allgemeine
Auseinandersetzung einordneten. Hinzu kommt, daß durch die
Anti-Abzahlungskampagne der Textil- und Lebensmittelindustr
Anfang der 50er Jahre die Kreditgeschäfte ins Zwielicht geri
ten. So gab auch der Bundesgerichtshof vorübergehend dieser
Drängen nach, indem er eine wirtschaftliche Betrachtung be-

---

1) Vgl. dazu Hartwich, Sozialstaatspostulat, S. 27 ff.; Abendro
Das Grundgesetz, S. 26 f.
2) Vgl. Art. 42 BremVerf; Art. 39 HessVerf; Art. 16 BerlVerf
heißt:" Jeder Mißbrauch wirtschaftlicher Macht ist widerrech
lich."; vgl. auch Art. 74 Ziff. 16 GG
3) Vgl. Dok. 29 in Judith u. a., 25 Jahre Montanmitbestimmung
S. 169
4) Vgl. Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher st
quo, S. 50 ff.
5) Vgl. VVdStRL 10 S. 158 f.

vorzugte. 1951 erklärt der BGH den finanzierten Abzahlungskauf als "eine entsprechende wirtschaftliche Situation wie bei einem echten Abzahlungsvertrag", ohne hierfür weitere Bedingungen zu stellen. Der "Vorteil größerer Flüssighaltung ihrer Betriebsmittel" sei "nicht geeignet, die auf den Schutz des Käufers abzielenden Gesichtspunkte zu entkräften, die zum Erlaß des AbzG und seines § 6 geführt haben." [1] Von einer rechtlichen Trennung ist keine Rede.

1952 stellt er gleichfalls ohne Stellungnahme zur Trennungstheorie allein darauf ab, ob "die Verträge eine Einheit bilden und der Käufer infolge der Verträge wirtschaftlich in die gleiche Lage kommt wie ein gewöhnlicher Abzahlungskäufer." [2] Die Sicht des Verbrauchers erscheint noch als wesentliches Entscheidungskriterium, "weil es unter dem Gesichtspunkt des Käuferschutzes gleichgültig ist, ob dem Käufer die vom AbzG bekämpften Rechtsnachteile vom Verkäufer selbst oder von einem Dritten drohen." [3]

In einer Entscheidung von 1953 [4] macht er die Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes allein davon abhängig, ob "der Darlehensgeber ein eigenes wirtschaftliches Interesse an dem Kaufvertrag" hat [5]. Ohne Rücksicht auf juristische Konstruktionen stellt er in seiner Entscheidung vom 24. XI. 1954 [6] für die Anwendung des § 5 AbzG auf den "Entzug des wirtschaftlichen Nutzungsrechts" ab, "gerade weil die Bestimmungen des AbzG in erster Linie nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten und unter Voranstellung ihres Schutzzwecks ausgelegt werden müssen." [7]

---

1) BGH NJW 52, 141 (142)
2) BGH LM Nr. 2 zu § 6 AbzG
3) A.a.O.
4) BGH NJW 54, 185
5) Dies war in dem dort behandelten Fall dadurch gegeben, daß das durch Kredit erworbene Fahrzeug dem Konsumenten, der gleichzeitig Angestellter der Bank war, auch als "Motorisierung ihrer Mitarbeiter" (BGH a.a.O.) diente.
6) BGHZ 15, 242
7) A.a.O. S. 247

Im Februar 1955 bestätigt das LG Braunschweig [1] ein letztes Mal die Einheitstheorie. Diese Entscheidung ist jedoch schon ein theoretisches Rückzugsgefecht, da nunmehr die Möglichkei nicht ausgeschlossen wird, daß auf die Einwendungen aus dem allgemeinen bürgerlichen Recht verzichtet werden kann. An diesen Ausweg knüpfen dann zwei weitere Entscheidungen der Untergerichte [2] an und verneinen hiermit den Durchgriff der Einrede des nichterfüllten Vertrages.

Die Tendenzwende Ende 1955 ist dadurch gekennzeichnet, daß der Einwendungsdurchgriff aus der wirtschaftlichen Betrachtung allmählich gelöst und an weitere Voraussetzungen gebunden wird, sowie die rechtliche Trennung als Grundpfeiler in die dogmatische Konstruktion zurückkehrt.

In einer Entscheidung des IV. Senats vom 7. XII. 1955 [3] wird der Hinweis, daß "hier rechtlich zwei selbständige Geschäfte" vorliegen, zwar noch damit begründet, daß im zugrunde liegenden Fall auch wirtschaftlich keine Einheit vorliege. Dann wird jedoch festgestellt, daß die zu §§ 5, 6 AbzG entwickelten Grundsätze zum Schutze des Käufers im finanzierten Abzahlungsgeschäft nicht auf sonstige Einwendungen aus dem Kaufvertrag angewendet werden können.

Am 8. II. 1956 interpretiert derselbe Senat seine Entscheidun vom Dezember 1955 dahin, daß trotz wirtschaftlicher Einheit Kauf und Darlehen im finanzierten Abzahlungsgeschäft prinzipiell zwei rechtlich getrennte Verträge seien [4]. Diese Feststellung leitete nunmehr stereotyp alle einschlägigen Entscheidunge ein [5]. In dieser Entscheidung wird ferner als einschränkendes Merkmal der wirtschaftlichen Einheit eine "ständige Geschäftsve

1) MDR 55, 356
2) LG Hamburg MDR 55, 356; LG Hannover MDR 56, 292
3) NJW 56, 420 = WM 56, 126
4) BGH NJW 56, 705 = WM 56, 358 (359)
5) BGH NJW 61, 164; 166, 167; NJW 62, 1100; 67, 1023; 1025; 1027; 1028; 70, 701; 75, 1317

bindung" zwischen Händler und Finanzierer gefordert [1]. Zu Hinweisen des Berufungsgerichtes auf die Übernahme der Kreditwürdigkeitsprüfung durch den Händler erklärt der BGH, es sei "nicht ersichtlich, inwiefern das rechtlich entscheidend sein soll." [2]

In der Entscheidung des II. Senats vom 29. 10. 1956 betont der BGH vorläufig zum letzten Mal, daß in einer wirtschaftlichen Betrachtung die Sicht der Verbraucher prinzipiell gleichberechtigt in der juristischen Dogmatik zur Geltung zu bringen ist. Noch einmal heißt es: "Es ist also bei der Anwendung des AbzG nicht darauf abzustellen, in welche Rechtsform ein Abzahlungsgeschäft eingekleidet ist, und es muß demzufolge auch ohne Belang sein, ob ein solches Geschäft in zwei rechtlich selbständige Verträge aufgespalten ist ..." [3]. Im Anschluß daran wird die dogmatisch klare und einschneidende wirtschaftliche Betrachtungsweise von einer paternalistischen Fürsorgeideologie verdrängt.

Nachdem das OLG Celle [4] und andere Gerichte [5] 1958 bereits den Einwendungsdurchgriff ohne Begrenzung auf finanzierte Abzahlungsgeschäfte im Sinne der BGH-Rechtsprechung durch eine Verschuldenshaftung wegen mangelnder Aufklärung aus culpa in contrahendo ersetzt hatten [6], griff der BGH in zwei Entscheidungen vom 27. 11. 1960 [7] diese Konstruktion

---

1) BGH WM 56, 359
2) In diesen Zeitraum fällt auch die Entscheidung BGH NJW 56, 418, in der den Kreditgebern das einschneidende Recht gewährt wird, die Nutzungsentschädigung des § 2 AbzG nach Mietgrundsätzen zu berechnen.
3) BGH NJW 57, 17 (18)
4) NJW 1958, 502 m. zust. Anm. Rötelmann
5) Nachw. bei BGH NJW 61, 166 (168)
6) A. A. OLG Köln NJW 58, 1237, während das OLG Hamburg NJW 58, 1781 noch bei Betonung der rechtlichen Trennung durch "Auslegung des Darlehensvertrages" aufgrund von wirtschaftlichen Überlegungen (die Darlehensgewährung sei nicht "abstrakt, sondern erhalte ihr besonderes Gepräge durch den damit gekoppelten Vertrag ..." a.a.O.) einen direkten Einwendungsdurchgriff befürwortete.
7) NJW 61, 164, 166

auf, jedoch ausdrücklich begrenzt auf Geschäfte, in denen durch einen Rahmenvertrag eine ständige Geschäftsverbindung zwischen Händler und Finanzierer angelegt sei. Geschützt werden sollte nunmehr das Vertrauen des Verbrauchers "auf die Zusammenarbeit dieser Bank mit der Fa. R" [1].

---

1) BGH NJW 61, 164 (166)

Mit dem Hinweis auf Treu und Glauben [1] wird das letzte Teilstück einer Argumentation, die in den Nachkriegsjahren als Kritik von außen an das BGB herangetragen worden war, wieder integriert, und zwar in § 242 BGB.

Von der Einheitstheorie war damit nichts mehr übriggeblieben außer einigen wohlfahrtsstaatlichen Ausnahmen im Rahmen des § 242 BGB, die ihre Ursache nicht mehr in der formalen Isolierung sozialer Verhältnisse durch die BGB-Dogmatik, sondern in den "juristisch und geschäftlich unerfahrenen" [2] Verbrauchern hatte. In der Entscheidung vom 5. 4. 1962 [3] zieht der BGH das Resumee dieser Restauration des Rechtsdenkens.

Was 1951 noch Durchgriff auf wirtschaftliche Zusammenhänge bedeutete, erscheint nunmehr nur noch als Subsumtion unter zu Rechtsbegriffen erstarrten Anschauungen des BGH, deren Rechtsgeltung aus einer ständigen Rechtsprechung abgeleitet wird.

Nach den massiven Angriffen eines durch die Interessen der Banken bestimmten Schrifttums [4] wird der Grundsatz der rechtlichen Trennung und damit der Rechtlosigkeit des Verbrauchers prinzipiell anerkannt, von dem im Rahmen des § 242 BGB Ausnahmen je nach Lage des Einzelfalls [5] zum Schutz der Verbraucher zugelassen werden können, wenn der Verbraucher wegen Konkurses des Händlers keine Durchsetzungsmöglichkeit mehr hätte, Händler und Kreditgeber in ständiger Geschäftsverbindung (Rahmenvertrag) stehen, es sich um Formularverträge handelt und der Verbraucher zum Personenkreis des § 8

---

1) A.a.O.
2) A.a.O.
3) BGH NJW 62, 1100
4) Der BGH, a.a.O., kann für den Zeitraum von 1955-1958 allein neun ablehnende und nur eine zustimmende Publikation für seinen schon außerordentlich reduzierten Einwendungsdurchgriff anführen.
5) So BGH NJW 62, 2195; BGH NJW 67, 1030 (1031) rückblickend: "Die Rechtsprechung hat es daher immer auf den Einzelfall abgestellt ..."

AbzG gehört [1].

Was Hartwich [2] für die verfassungsrechtliche Diskussion der 50er Jahre zum Sozialstaatspostulat diagnostizierte, nämlich daß statt der "Teilhabe als Mitbestimmung" [3] oder der sozial bezogenen Interpretation von Grundrechten "das herrschende Sozialstaatsmodell immer stärker in Richtung auf eine fragwürdige 'Liberalisierung' tendierte."[4], vollzog sich auch im Bereich des Abzahlungsrechts. [5] Der Rückkehr zur formalen (asozialen) Vertragsfreiheit und zur individuellen Gestaltungsmacht von Kreditgebern und Handel entsprach dabei die von Eucken, Röpke, Müller-Armack propagierte Doktrin eines Wirtschaftsliberalismus, die Ludwig Erhard als Wirtschaftsminister politisch in die Tat umsetzte [6]. Deren Frontstellung gegen jede Form von Sozialismus, Gemeineigentum und staatliche Planung [7] blieb nicht auf die Wirtschaftswissenschaft beschränkt, sondern äußerte sich politisch in einem oft blinden Antikommunismus, der weniger politische als religiöse Färbung hatte [8].

Die Rückkehr zurTrennungstheorie mit wohlfahrtsstaatlichen Einschränkungen und die Betonung individueller Gestaltungsfreiheit gegenüber einer Analyse der wirtschaftlichen Situation des

---

1) BGH NJW 62, 1100 ff.
2) Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo, S. 307
3) A.a.O. S. 318
4) A.a.O. S. 315
5) Für die gesamte Zivilrechtsprechung erfolgte dies z. T. durch die Wiederbelebung naturrechtlicher Konzeptionen einer individualistischen Auffassung von Eigentum und Freiheit; vgl. BGH 6, 275 ff.; 16, 353; dazu Rosenbaum, Naturrecht und positives Recht, S. 126 ff.
6) Dazu Kühnl, Formen bürgerlicher Herrschaft, S. 70 ff.
7) Kühnl, a.a.O. S. 70
8) Das KPD-Verbot von 1956 sollte in diesem Zusammenhang gesehen werden; Brauns/Jaeggi/Kisker u. a., Die SPD in der Krise, S. 146 ff.: "Staatliche Maßnahmen gegen Sozialisten und Sozialismus."

Verbrauchers auf dem Hintergrund der allgemeinen Kapitalismuskritik der Nachkriegsjahre hat jedoch ebenso wie die herrschenden politischen Anschauungen und Wirtschaftsdoktrinen ihre Grundlage in den Bedingungen des Wiederaufbaus im Westen Deutschlands. Die weitgehende Zerstörung von Produktionsmitteln und Konsumgütern ermöglichte es, daß in der Phase bis 1959 frühkapitalistische Strukturen [1] wiedererstanden, bei denen das freie Unternehmertum als Garant des wirtschaftlichen Fortschritts und damit der freie Wettbewerb als einziges wirksames Instrument zum Verbraucherschutz erscheinen konnte [2]. Die wenigen Bemerkungen zur Sozial- und Ideengeschichte dieser Zeit sollen genügen, um die Behauptung zu illustrieren, daß selbst in einem so speziellen Bereich wie dem Einwendungsdurchgriff im finanzierten Abzahlungsgeschäft ein abstraktes Nebeneinanderstellen der verschiedenen Rechtsmeinungen ohne Rücksicht auf die politische Einbindung ihrer Vertreter in den historischen Abschnitt, in dem sie geäußert wurden, wenig Verständnis für die Rechtsentwicklung bringen kann [3].

Die Rechtsprechung zum Einwendungsdurchgriff ab 1964 ist gekennzeichnet durch eine Ausweitung der Ausnahmen zur Trennungstheorie, wobei gleichzeitig jeder objektive Bezug dieser Ausnahmen zur wirtschaftlichen Situation zugunsten subjektiv wohlfahrtsstaatlichen Verbraucherschutzes eleminiert wurde.

---

1) So Brauns/Jaeggi/Kisker/Zerdick/Zimmermann, Die SPD in der Krise - Die deutsche Sozialdemokratie seit 1945, S. 120

2) Hartwich, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo, S. 120, beschreibt die Gesetzgebung dieser Zeit folgendermaßen: "Fortsetzung des auf Wiederherstellung privatwirtschaftlicher Verhältnisse gerichteten Abbaues staatlicher Zwangsregelungen gegenüber der Wirtschaft, damit Restauration des gesellschaftlichen Status quo unter dem Gesichtspunkt des Zwanges zum wirtschaftlichen Wiederaufbau. Wesentlich ist, daß der wirtschaftliche Wiederaufbau dabei generell als eine Voraussetzung für sozialpolitische Korrekturen angesehen wurde." Vgl. auch seine Analyse der Gesetzgebung dieser Zeit, a.a.O. S. 121 ff., die für unseren Bereich gekennzeichnet ist durch das UWG und GWB. Letzteres wird von Huffschmid, Die Politik des Kapitals, S. 111, als Ludwig Erhards "erstes Grundgesetz der Wirtschaft" bezeichnet.

3) Siehe S. 243

Wegweisend war dabei die Entscheidungsserie vom 20. 2. 1967 bei der der III. Zivilsenat des BGH mit acht Entscheidungen q si ein Gesetzbuch zum finanzierten Abzahlungsgeschäft verabschiedete, dessen authentische Kommentierung vom Senatspräsi denten unmittelbar anschließend in einem Aufsatz erfolgte [2]. Darin wird bestätigt, daß der dogmatisch tragende Gesichtspun nicht mehr in der objektiven Konstellation der Zusammenarbeit von Banken und Handel sowie im Gesichtspunkt der Schlechterstellung zum einfachen Abzahlungskauf gesehen wird, sondern a lein in den enttäuschten Erwartungen der Kreditnehmer, die ge schäftlich unerfahren von einer Einheit beider Verträge ausgin gen [3]. Es kommt für das Vorliegen eines finanzierten Abzahlungsgeschäftes nicht mehr darauf an, ob zwischen Bank und Handel eine ständige Geschäftsverbindung herrscht [4]. Entsche dend ist jetzt, wie die Zusammenarbeit zwischen Bank und Ha del dem Käufer im Einzelfall erscheinen mußte [5]. Allein dies Schein begründet jetzt das neue Tatbestandsmerkmal der "wirtschaftlichen Einheit". § 8 AbzG wird als einschränkendes Tatbestandsmerkmal beibehalten [6]. Die dogmatische Konstruktion v § 242 BGB (c.i.c.) über § 278 BGB, § 8 AbzG und den subjektiv gefaßten Begriff der "wirtschaftlichen Einheit" wird alle Probleme einheitlich verwandt [7].

---

3) von S. 242:
Der Aufgabe, eine Ideologiegeschichte der Zivilrechtsprechung nach dem 2. Weltkrieg zu schreiben, worin die Behandlung vie ler dogmatischer Einzelprobleme gerade im Bereich der Verhä nisse zwischen Verbraucher und Handel bzw. Industrie eingeor net werden könnte, hat sich meines Wissens noch niemand gestellt.

1) BGH NJW 67, 1022 ff.
2) Pagendarm, Das finanzierte Abzahlungsgeschäft - Bemerkunge zu acht neuen Urteilen des Bundesgerichtshofs, WM 67, 434; ders. Anm. zu BGH LM Nr. 12 zu § 6 AbzG
3) Vgl. BGH NJW 67, 1027
4) Pagendarm WM 67, 444; BGH LM Nr. 13 Bl. 2 zu § 6 AbzG
5) Dies wird dort zwar ausdrücklich erst für § 123 BGB bestimmt sollte jedoch, wie BGH NJW 71, 2303 bestätigt, für den gesam ten Einwendungsdurchgriff gelten.
6) BGH NJW 67, 1028
7) BGH NJW 67, 1027; 67, 1031; anders noch BGH NJW 56, 420

Mit seinen Entscheidungen vom 18. 12. 1969 [1] und vom 5. 7. 1971 [2], die beide an der oben beschriebenen Konstruktion eines faktischen Einwendungsdurchgriffs durch einen Schadensersatzanspruch aus vorvertraglichem Vertrauensverhältnis (c.i.c.) festhalten, versucht der BGH, der "wirtschaftlichen Einheit" stärkere Konturen zu geben. Bemerkenswert an diesen Entscheidungen ist, daß die stereotype Feststellung der rechtlichen Trennung zu Beginn der Entscheidungsgründe in dem einen Urteil [3] vollkommen fehlt, im anderen Urteil von 1969 jedoch in einer Form erscheint, wie sie Anfang der 50er Jahre benutzt wurde. Ausdrücklich wird an die historische Entwicklung vom einfachen zum finanzierten Abzahlungsgeschäft angeknüpft und die Trennung als "Aufspaltung eines Abzahlungsgeschäfts in zwei rechtlich selbständige Verträge" bezeichnet. In beiden Entscheidungen wird der Grundsatz der noch an der Einheitstheorie orientierten BGH-Entscheidung von 1951 [4] wiederholt, daß durch die Aufspaltung der Verbraucher nicht schlechter gestellt werden darf, als er ohne Aufspaltung stünde.

---

1) BGH NJW 70, 701
2) BGH NJW 71, 2303
3) BGH NJW 71, 2303
4) BGH NJW 52, 141

Trotz dem Bekenntnis zur Kontinuität und der Hervorhebung der "Erscheinung" der Zusammenarbeit von Handel und Banken werden für die wirtschaftliche Einheit jedoch eine Reihe objektive Faktoren untersucht: Die Zweckbindung des Kredits auf einen bestimmten Gegenstand bei einem bestimmten Händler, die Sicherungsübereignung des Gegenstandes an den Kreditgeber, der Umstand, "daß der Kauf dieser Gegenstände den Kredit notwendig voraussetzte" [1], "daß in dem Kreditvertragsformular die einzelnen Kaufgegenstände (...) und die Verkäuferfirma angegeben waren" [2] [3]. Es scheint daher kein Zufall, daß in beiden Entscheidungen im Ergebnis ein Einwendungsdurchgriff in der Form eines Schadensersatzanspruches aus culpa in contrahendo angenommen wurde. Inwieweit die verbraucherfreundlichen Ansätze des BGH im Zusammenhang mit dem vorübergehenden Diskussionsprozeß über Wirtschaft, Konsumgesellschaft und eindimensionale Wettbewerbsgesellschaft im Anschluß an die Krise von 1967 zu sehen ist, muß unbeantwortet bleiben. Diese Entwicklung, in der die Ehrhardsche Marktwirtschaft ihren Nimbus als Garant für Vollbeschäftigung und Wohlstand verlor und politisch zur Ablösung der CDU-Regierung führte, die in der Rechtswissenschaft eine Debatte über Klassenrecht, den neuen Juristen und die Herkunft der Richter provozierte und die insbesondere das Dogma der Vertragsfreiheit mit der Diskussion um Allgemeine Geschäftsbedingungen in Frage stellte, dauerte zu kurz, als daß sie auch bei den Obergerichten zu einer Hinterfragung der bisherigen Tendenz hätte führen können. Immerhin bleibt festzuhalten, daß beide Entscheidungen

---

1) BGH NJW 70, 703
2) BGH NJW 71, 2307
3) Strätz (Aushöhlung des Käuferschutzes beim finanzierten Abzahlungskauf, JR 72, 95) übersieht in seiner Kritik an dem Urteil BGH NJW 71, 2303, daß schon in BGH NJW 61, 164 im Anschluß an die herrschende Meinung in der Literatur und einige Urteile der Oberlandesgerichte, die bereits 1958 (vgl. OLG Celle NJW 58, 502) so entschieden hatten, der Verbraucherschutz prinzipiell auf Verbraucheraufklärung reduziert worden war. Die kritisierte Entscheidung von 1971 zeigte im Gegenteil gewisse Ansatzpunkte, die auf eine Wende der Rechtsprechung zu materiellem unverzichtbaren Verbraucherschutz hoffen ließ.

eine gewisse Ambivalenz dadurch bewahren, daß sie wenigstens im praktischen Ergebnis Elemente der Einheitstheorie aufweisen.

Hatte die Entscheidung von 1971 noch ohne praktische Konsequenz den Einwendungsdurchgriff als einen "Schadensersatzanspruch wegen unterbliebener Aufklärung" [1] konstruiert, so knüpfte der BGH in seinen Urteilen ab 1972 wieder vollständig an die restaurative Tendenz eines auf Aufklärungspflichten und damit auf Gewährleistung von Wettbewerb reduzierten Verbraucherschutzes an.

Statt von der "Aufspaltung des einheitlichen Abzahlungsgeschäftes" zu sprechen, die nicht zum Nachteil des Verbrauchers gereichen dürfe, heißt es jetzt zu Beginn der Ausführungen zum Einwendungsdurchgriff: "Der BGH hat jedoch in ständiger Rechtsprechung, von der abzuweichen kein Anlaß besteht, ausgesprochen, daß es sich beim finanzierten Abzahlungskauf um zwei zwar wirtschaftlich miteinander verbundene, rechtlich aber selbständige Verträge handelt und daher Rechtshandlungen im Rahmen des einen Vertrages nicht ohne weiteres auch Rechtswirkungen auf den anderen Vertrag zur Folge haben." [2] Der BGH geht dabei noch einen Schritt weiter, wenn er - zum ersten Mal in seiner Rechtsprechung - die bisherige Sicht von der Aufspaltung des Abzahlungskaufs im Interesse der finanzschwachen Händler umkehrt und behauptet: "Diese Rechtslage beruht auf der - auch im Interesse des Käufers liegenden - Einschaltung eines Kreditinstitutes ..." [3].

Die Ambivalenz der vorherigen Urteile, die jetzt zu Unrecht

---

1) BGH NJW 71, 2307
2) BGH NJW 72, 47; fast wörtlich identisch BGH NJW 73, 453
3) BGH NJW 73, 454

durch die Berufung auf eine "ständige Rechtsprechung" [1] geleugnet wird, wird eindeutig zugunsten einer formalen Betrachtungsweise aufgelöst. Dies wird auch am praktischen Ergebnis deutlich, da jetzt in allen Urteilen gegen den Kreditnehmer entschieden wird [2]. Hatte der BGH 1960 noch wegen mangelnder inhaltlicher Deutlichkeit des Hinweises auf die rechtliche Trennung [3] und 1967 dann mit der Behauptung, der Hinweis sei drucktechnisch nicht ausreichend hervorgehoben worden [4], de facto zugunsten des Kreditnehmers entschieden, so heißt es jetzt lapidar, daß "die Klägerin ihre Belehrungspflicht erfüllt (habe)" [5].

Als vorläufiges Ergebnis dieser Rechtsprechung, die ihr entscheidendes Gepräge wiederum in einer restaurativen Phase in Gesellschaft, Wirtschaft und Politik erhielt [6], läßt sich festhalten, daß auf der Grundlage rechtlicher Trennung und indivi

---

1) Die wiederholte Berufung auf eine ständige oder gefestigte Rechtsprechung in diesen Urteilen deutet im übrigen darauf hin, daß der BGH beabsichtigt, die Diskussion um die wirtschaftlichen Grundlagen dieser Rechtsentwicklung ganz abzubrechen, um sich von nun an auf die Interpretation seiner eigenen Entscheidungen zu berufen. Neben seinen eigenen Entscheidungen wird nur noch Ostler/Weidner, AbzG. zitiert.

2) BGH NJW 72, 46; 73, 452; 73, 611; vgl. dazu Weick, Bewertung typischer Geschäftsformen oder Schutz in Härtefällen, JZ 74, 13; Gilles, Der sogenannte Einwendungsdurchgriff, JZ 75, 305 (309), der darin eine "ganz unerwartete Kehrtwendung" sieht, "die eine tiefgreifende rechtspolitische wie rechtsmethodische Richtungsänderung signalisiert."

3) NJW 61, 166

4) NJW 67, 1025

5) NJW 73, 454

6) Stichworte wie "Freiheit oder Sozialismus", Berufsverbote und das Scheitern sozialer Reformen wie Mitbestimmung und Drittelparität an den Hochschulen ebenso wie Wachstumspolitik und Garantie des freien Unternehmertums kennzeichnen die 70er Jahre, vgl. Brauns/Jaeggi/Kisker/Zerdick/Zimmermann, SE in der Krise, S. 263 ff.; Huffschmid/Schui (Hrsg.), Gesellsch im Konkurs? Handbuch der Wirtschaftskrise in der BRD 1973-1976, Köln 1976

dueller Gestaltungsmacht der Kreditgeber der Verbraucher im Konsumentenkredit folgende Voraussetzungen erfüllen muß, um die Chance zu haben, ausnahmsweise zur Verweigerung der Ratenzahlung bei Störungen im Erwerbsgeschäft berechtigt zu sein [1]:

1. Er muß schutzwürdig sein, d. h.
   a) die Voraussetzungen des § 8 AbzG erfüllen,
   b) keine Durchsetzungsmöglichkeit gegen den Verkäufer haben,
   c) nicht ausreichend über die rechtliche Trennung zwischen Darlehens- und Kauf- bzw. Dienstvertrag informiert worden sein.
2. Es muß sich um ein finanziertes Abzahlungsgeschäft handeln, d. h.
   a) es muß von einer "wirtschaftlichen Einheit" zwischen Erwerbs- und Darlehensvertrag ausgegangen werden können,
   b) es darf sich nicht um einen "Barkredit" handeln,
   c) es darf sich nicht um ein Mietverhältnis handeln. [2]
3. Der Kreditgeber darf nicht in seinen Formularen drucktechnisch durch schwarze Umrandung oder ähnliche Hervorhebung auf die Gefahren eines getrennten Kauf- und Darlehensvertrages hingewiesen haben.
4. Die Lösung muß dem Richter nach Treu und Glauben vertretbar erscheinen sowie rechtsethisch geboten sein.

---

1) Ob der BGH diesen Ausschluß wirtschaftlicher Betrachtung durch verbale Verrechtlichung bestimmter Merkmale sog. "wirtschaftlicher Einheit" aufrechterhalten werden kann, ist fraglich, da eine Vielzahl von Entscheidungen die wirtschaftliche Betrachtung ernstnehmen und sich in dieser Anschauung nicht vom BGH auf die Interpretation seiner Begriffe begrenzen lassen; vgl. insbesondere OLG Stuttgart, Urt. v. 6. IV. 76 - 6 U 116/75 -; Urt. v. 11. 3. 1975 - 6 U 126/74 -; OLG Schleswig NJW 74, 648; zur wirtschaftlichen Betrachtung vgl. auch LG Münster NJW 75, 2070; LG Bonn NJW 74, 2006; KG NJW 75, 1327; AG Stuttgart-Bad Cannstatt NJW 74, 1001; LG Kleve NJW 74, 2005; jetzt auch BGH NJW 75, 1317; andererseits jedoch BGH NJW 77, 848 (850), wo die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage auf das Finanzierungsleasing angewendet wird, im übrigen jedoch die ständige Rechtsprechung bestätigt wird.

2) Durch BGH NJW 78, 1427 (1428) in Frage gestellt, s. a. OLG Düsseldorf NJW 73, 1612

b) Das Vorverständnis der Rechtsprechung zum Einwendun durchgriff und die Wirklichkeit

Mit seinen Entscheidungen bis 1974 hatte der Bundesgerichtshof facto den Zustand erreicht, den das BGB Ende des 19. Jahrhunderts auf der Grundlage eines liberalistischen Gesellschaft verständnisses festlegte, mit dem einzigen Unterschied, daß dem Verbraucher jetzt das Recht zugesprochen wurde, über se Rechtlosigkeit aufgeklärt zu werden. Ein Einwendungsdurchgri im finanzierten Abzahlungsgeschäft wurde faktisch abgeschafft, da die Kreditgeber nach dem Muster der als ausreichend akze tierten Aufklärungsklausel [1] ihre Formularbedingungen ausgestaltet haben.

Der BGH begnügte sich jedoch nicht damit, diese Konsequenzen für den Verbraucher als einfache Folge der formalen Ausgestaltung der Zivilrechtsdogmatik hinzustellen und etwa wie Müller-Laube [2] allen Kritikern vorzuwerfen, "die Erfüllung vertraglicher Verbindlichkeiten von personell wirtschaftlicher Potenz zwischen Gläubiger und Schuldner abhängig zu machen, zersetze in gefährlichem Maße die Grundlagen von Schuld und Haftung im Privatrecht" [3]. Um seine Entscheidung konsensfä zu machen, was angesichts der Vielzahl der kritischen Stimm in Literatur und Rechtsprechung [4] erforderlich ist, hat der BGH z. T. explizit, z. T. nur implizit in seinen Entscheidun gründen ein tatsächliches Vorverständnis über die Situation de Kreditnehmers im finanzierten Abzahlungsgeschäft dargelegt.

1) In BGH NJW 73, 454; nach BGH NJW 78, 1428, genügt auch da
2) Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft, S. 150 /jetzt nicht
3) Durch die Wortwahl hat Müller-Laube damit bereits den erste Schritt auf der Stufenleiter "Zersetzung der Staats- und Gesel schaftsordnung, Verfassungsfeindlichkeit etc." getan
4) Strätz, Aushöhlung des Käuferschutzes beim finanzierten Abz lungskauf, JR 72, 95; Limbach, Die rechtliche Erheblichkeit gesellschaftlicher Unwissenheit, in Jahrbuch für Rechtssozio gie und Rechtstheorie, Bd. 4 1976, S. 312; Weick, Bewertung typischer Geschäftsformen oder Schutz in Härtefällen, JZ 74, 13; Gilles, Der sogenannte Einwendungsdurchgriff, JZ 75, 30 Emmerich, Der finanzierte Abzahlungskauf, JuS 71, 273; Forts. s. S. 250

Dieses Bild über die Wirklichkeit des Verbrauchers dient insbesondere dazu, die Aufklärung des Verbrauchers als das einzig notwendige Mittel des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes in diesem Bereich darzustellen und korrigierende Eingriffe in das vertragliche Haftungssystem nicht nur als systemwidrig, sondern auch als unnötig hinzustellen. In diesem Bemühen hat der Bundesgerichtshof eine Welt gezeichnet, in der der formalen Vertragsfreiheit des BGB noch ein materieller Zustand der Abschluß- und Gestaltungsfreiheit auch auf Seiten der Verbraucher entspricht. In dieser fiktiven Welt werden die Mängel, die in der wirklichen Welt zu den Gerichtsprozessen geführt haben, auf Ursachen zurückgeführt, die durch das angebotene Mittel der Aufklärung ohne weiteres behebbar sind und darüber hinaus die Zurechnung bestimmter Risiken an den Verbraucher als natürlich erscheinen lassen. Die im Zirkel von Interesse an der Plausibilität der eigenen Konstruktion und Erkenntnis der zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse produzierten [1] Rechtstatsachen sehen in der Unmündigkeit des Verbrauchers sowie in mehr zufälliger punktueller Zusammenarbeit von Handel und Banken im finanzierten Abzahlungsgeschäft die "Schutzwürdigkeit" des Verbrauchers und die "wirtschaftliche Einheit".

Wenn im folgenden das Bild des Bundesgerichtshofs zur Verbraucherentscheidung sowie zur wirtschaftlichen Einheit von Handel und Banken im Konsumentenkredit dargelegt und anhand der Tatsachen kritisiert wird, so geht es dabei nicht allein um den Nachweis, daß der BGH in seinem Vorverständnis Unrecht hat. Das tatsächliche Vorverständnis des BGH ist näm-

---

4) Forts. von S. 249:
Reifner, Abzahlungsrecht und Verbraucherschutz, DuR 2'75, 133; Reich, Verbraucherkredit, in Handbuch des Verbraucherrechts, Gruppe 50 S. 18; OLG Stuttgart, Urteil v. 6. IV. 1976 - 6 U 116/75 -, um nur die neuere Kritik zu nennen.

1) Vgl. hierzu Habermas, Erkenntnis und Interesse, S. 234 ff.

lich keineswegs ein Spezifikum dieses Gerichtshofs, sondern entspricht den materiellen Voraussetzungen, die erforderlich wären, um die unveränderte Anwendung der herkömmlichen Zivilrechtsdogmatik im demokratischen und sozialen Rechtsstaat zu legitimieren.

Die Frage nach der Ursache dafür, daß der Verbraucher sich so oft für ihn ungünstigen Bedingungen im Konsumentenkredit unterwirft, meint das Problem, ob der Verbraucher tatsächlich noch nennenswerte Entscheidungsfreiheit im Konsumentenkredit hat, die die Anwendung des Prinzips der Vertragsfreiheit und damit die Zurückhaltung des Richters bei der Interpretation der Verträge rechtfertigt, oder ob das Prinzip der Vertragsfreiheit sozialwissenschaftlich übersetzt nichts anderes bedeutet als die staatliche Garantie der Befehlsgewalt der Kreditgeber im Konsumentenkredit [1].

Ist das der Fall, so muß dies Konsequenzen für die rechtliche Beurteilung haben, da Eingriffe in die Befehlsgewalt der Unternehmen dem Verbraucher neben der bisher einzigen Möglichkeit der Unterwerfung [2] die zusätzliche Möglichkeit bieten, rechtlichen Schutz in Anspruch zu nehmen und damit nicht weniger, sondern ein Mehr an Vertragsfreiheit und Privatautonomie im demokratischen Sozialstaat herstellen [3].

---

1) Vgl. hierzu auch Limbach, Die rechtliche Erheblichkeit gesellschaftlicher Unwissenheit, a.a.O. S. 313

2) Diese Möglichkeit verbleibt ihm auch dann noch, wenn Gesetzgeber oder Gerichte bestimmte Gestaltungen der Kreditgeber vorschreiben oder für nichtig erklären, da von Rechts wegen niemand gezwungen wird, sich auf seine gesetzlichen Rechte zu berufen. Die Behauptung einer Entmündigung des Verbrauchers durch verbraucherschützende Regeln (z. B. Henke, Grundfragen rechtlichen Verbraucherschutzes, in Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, S. 57: "Jeder Schutz kostet Freiheit") ist daher irreführend.

3) Im Gegensatz dazu aber vom formalen Zivilrechtsverständnis aus z. B. Henke, a.a.O. S. 50: "Eingriffe in die Privatautonomie"; neutral z. B. Helm, Privatautonomie und zivilrechtlicher Verbraucherschutz, in Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, S. 65: "Korrekturen im Wirkungsmechanismus der Privatautonomie"; wie hier Ramm, Privatrecht Bd. II G 450

Mit der Kritik der allein phänomenologisch verstandenen wirtschaftlichen Einheit zwischen Handel und Banken ist letztlich die formal-rechtliche Isolation vertraglicher Beziehungen von ihrem sozialen und wirtschaftlichen Kontext gemeint. Bestehen prinzipielle für ein Sinnverständnis und für die Bewertung wichtige wirtschaftliche Zusammenhänge, die im Recht geleugnet und hinwegdefiniert werden, so kann das Recht seinen Anspruch auf angemessenen Interessenausgleich in dieser Form nicht aufrechterhalten, wenn es sich gerade weigert, bestimmte Interessen überhaupt erst zur Kenntnis zu nehmen.

Die Kritik der Vorverständnisse des BGH zum Verbraucher und zum Verhältnis von Handel und Banken ist damit als Kritik eines bestimmten Verständnisses von Vertragsfreiheit und Vertragsauslegung zugleich wesentliche Voraussetzung für die eigene Lösung, die versucht, die sozialen Voraussetzungen eines tatsächlichen Konflikts im Verhältnis zu den ideologisch vorgestellten Voraussetzungen der anzuwendenden Regeln miteinzubeziehen.

(1) Das Vorverständnis vom Kreditnehmer - hypothetische oder tatsächliche Vertragsfreiheit?

Die wesentliche Voraussetzung der Vertragsfreiheit ist die Abschlußfreiheit, da der Vertragspartner, der eine Leistung zurückhalten könnte, die der andere unbedingt benötigt, auch Inhalt und Form des Vertrages bestimmen kann. So wie im Verwaltungsrecht der Behörde, die einen rechtlich möglichen begünstigenden Verwaltungsakt verweigern darf, nach ganz herrschender Meinung das Recht zugestanden wird, den begehrten Verwaltungsakt auch unter Auflagen und Bedingungen ohne besondere gesetzliche Ermächtigung zu erlassen [1], so läßt sich

1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973 § 11 5., S. 215 ff.

auch die Freiheit der Verbraucher zur inhaltlichen Gestaltung des Vertrages als unmittelbarer Ausdruck des Grades ihrer Abschlußfreiheit verstehen [1].

(1.1) Die Abschlußfreiheit nach Auffassung der Rechtsprechung

Zur Abschlußfreiheit des Kreditnehmers ist der BGH [2] von folgender "allgemeiner Lebenserfahrung" ausgegangen, die keines besonderen Parteibeweises mehr bedürfe (einen solchen Beweis hatte die Vorinstanz OLG Hamm gefordert): "Hier war der Beklagte im Rahmen des Kaufgeschäfts verhältnismäßig hohe Verpflichtungen eingegangen ... Der Abschluß eines solchen Geschäfts trägt ungewöhnliche Risiken in sich und ist im Rahmen vernünftiger wirtschaftlicher Erwägungen durchweg nicht mehr zu rechtfertigen, wenn es dergestalt eingegangen wird, daß die Zahlungsverpflichtungen aus der Kreditaufnahme ohne Rücksicht auf etwa eintretende Leistungsstörungen im Rahmen des Kaufvertrages bestehen bleiben, mithin die vereinbarten Raten, die nach der geschäftlichen Planung aus der Nutzung der Kaufgegenstände erst erwirtschaftet werden sollen, auch dann weiter gezahlt werden müssen, wenn wegen Nichtlieferung oder mangelhafter Lieferung dieser Gegenstände deren wirtschaftliche Nutzung gar nicht möglich ist. Deshalb werden erfahrungsgemäß Geschäfte dieser Art von Käufern nicht eingegangen, wenn damit derartige Risiken, wie sie hier in Betracht kommen, verbunden sind. (Hervorhebung U. R.) Mit diesen Erfahrungstatsachen mußte die Klägerin rechnen..."

Zwar galten diese Überlegungen einem Investitionskredit, bei dem die Kreditaufnahmeentscheidung tatsächlich Teil einer ge-

1) Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, § 4
2) BGH NJW 71, 2303 (2307)

schäftlichen Kalkulation und nicht Ausdruck eines persönlichen Bedürfnisses ist. Da der BGH jedoch bei der Behandlung des finanzierten Abzahlungsgeschäfts nicht zwischen Konsumenten- und Investitionskrediten unterscheidet, sondern seine Konstruktion ebenso auf Verbraucher anwendet, ist dieser Satz auch als Grundlage seiner Anschauungen zum Konsumentenkredit zu verstehen. Dies wird bestätigt durch die Erklärung, die der BGH dafür gibt, daß sich die Verbraucher auf für sie so nachteilige Bedingungen einlassen. Der Grund objektiv fehlgeleiteter Verbraucherentscheidungen liegt für ihn darin, daß der Verbraucher "sozial schwach und unerfahren" [1] "schon seiner sozialen Stellung nach nicht imstande (ist), zwischen dem Kaufgeschäft einerseits und dem Darlehensvertrag andererseits klar zu unterscheiden" [2]. Die Inanspruchnahme eines finanzierten Abzahlungsgeschäftes zeigt, daß die "juristisch und geschäftlich unerfahrenen" [3] Personen unfähig sind, sich "auf eigene Faust ein Darlehen (zu beschaffen), um den Kaufpreis bar zahlen zu können" [4]. Nach dieser Rechtsprechung muß dem "wirtschaftlich schwachen oder doch im kaufmännischen Verkehr wenig erfahrenen Käufer" [5], "dem häufig geschäftsungewandten Käufer" [6] geholfen werden, der sich "möglicherweise nur durch verlockende Teilzahlungsabreden entschlossen hat." [7] Dieser Fürsorge der Rechtsprechung für den unerfahrenen Kreditnehmer entspricht dann auch die Strenge, mit der die "Gleichgültigkeit und Leichtfertigkeit in der Behandlung der privaten finanziellen Situation" [8] verurteilt und dem Käufer ein "übereilter und unüberlegter Vertragsschluß" [9] vorgeworfen wird. Die Verantwortung für die Rechtlosigkeit im

---

1) BGH MDR 56, 597
2) BGH NJW 56, 706
3) BGH NJW 61, 168
4) BGH NJW 67, 1029
5) AG Stuttgart-Bad Cannstatt NJW 74, 1001
6) BGH NJW 74, 365
7) LG Kleve NJW 74, 2005
8) LAG Berlin NJW 76, 263
9) BGH NJW 74, 365

finanzierten Abzahlungsgeschäft trifft danach den Verbraucher. Je nach der Einstellung des Richters erscheinen dabei strenge belastende Entscheidungen ebenso wie fürsorgende helfende Entscheidungen plausibel, da das Ziel, die Erziehung des Verbrauchers zum aufgeklärt rational handelnden Wirtschaftsagenten, dasselbe bleibt, gleichgültig ob es mit den Mitteln der Strenge oder der Nachsicht erreicht wird.

In den fünfziger Jahren herrschte dagegen noch ein ganz anderes Vorverständnis. So heißt es in BGHZ 15, 173 f.: "Der Abzahlungsverkäufer muß damit rechnen, daß er mit einem wirtschaftlich schwachen Kundenkreis arbeitet, der in der Mehrzahl der Fälle von seinem Arbeitsverdienst lebt und mangels anderer wirtschaftlicher Grundlagen bei dessen Wegfall, der durchaus nicht von ihm verschuldet zu sein braucht, seinen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen (kann)" [1]. Später wird dieses Bild noch einmal, jedoch lediglich als eine Möglichkeit hingestellt, wenn der BGH die Kreditaufnahme damit erklärt, "z. B. weil die Vermögensverhältnisse des Käufers es nur zuließen, den Kaufgegenstand ratenweise zu bezahlen." Neuerdings hat das OLG Stuttgart [3] das Vorverständnis und damit die Konsensfähigkeit der BGH-Lösung prinzipiell in Frage gestellt. Der Senat "bezweifelt, daß es eine Lebenserfahrung gibt, wonach der Durchschnittsbürger, wenn er über die rechtliche Trennung der Verträge aufgeklärt wird, es unterläßt solche abzuschließen." [4] "Die Mehrzahl der Abzahlungskäufer steht nicht ernsthaft vor der Wahl - ... - ob sie den vom Verkäufer vermittelten Kreditvertrag in Anspruch nehmen oder den Kauf lieber über eine ihrer Hausbanken abwickeln wollen." [5] Limbach hält ebenfalls dies Vorverständnis für falsch

---

1) BGHZ 15, 173 f.
2) BGH NJW 67, 1031
3) Urteil vom 11. 3. 1975 - 6 U 126/74; Urteil vom 8. 3. 1976 - 6 U 116/75 -
4) OLG Stuttgart, a.a.O. S. 34
5) A.a.O. S. 31

wenn sie schreibt: "Die Partnerschaftsstrategie des BGH, die darauf gerichtet ist, dem Verbraucher Aufklärung zuteil werden zu lassen, erscheint angesichts der damit eröffneten Alternative 'Unterwerfung oder Konsumverzicht' als ein Herumdoktern an Symptomen. Der punktuell gewarnte Rechtsgenosse wird dem Bundesgerichtshof die Fürsorge danken, - seine Wiedergeburt als autonomer Bürger, der an der vertraglichen Willensbildung aktiv teilhat, bleibt ihm vorenthalten." [1]

Strätz [2] ist der Meinung, daß "der Hinweis auf das 'du hättest es ja wissen können' ... von den Betroffenen als blanker Hohn empfunden werden (mag), weil sie oft gar keine andere Möglichkeit hatten, als sich auf diese risikobehaftete Weise Güter, die sie nicht selten erst zur Führung eines normalen Lebens oder zum ersten Schritt auf eine Verselbständigung hin in Stand setzen, dadurch zu beschaffen, daß sie einen Wechsel auf die Zukunft zogen."

Der Streit um Rechtsfragen ist inzwischen zum Streit um die Wirklichkeit geworden. Statt hier mit der empirischen Überprüfung des entscheidungserheblichen Vorverständnisses zu beginnen, werden weiter in der juristischen Argumentationstradition Meinungen gegeneinander gestellt, wo Tatsachen aufzuarbeiten wären.

(1.2) Die tatsächliche Abschlußfreiheit der Verbraucher im Konsumentenkredit

Formalrechtlich haben Verbraucher und Kreditgeber Abschlußfreiheit, da nach unserer Rechtsordnung niemand [3] zu einem

---

1) Limbach, Die rechtliche Erheblichkeit gesellschaftlicher Unwissenheit, in Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 4, 1976, S. 312

2) Aushöhlung des Käuferschutzes beim finanzierten Abzahlungskauf, JR 72, 97

3) Siehe S. 257

bestimmten Vertragsschluß rechtlich gezwungen werden kann
Nach dem Erlaß des Grundgesetzes, das mit dem Sozialstaa
gebot den Blick auf die materiellen Bedingungen der Grundfr
heiten gerichtet hat, stellt sich jedoch die Frage in einem u
fassenderen Sinn. Abschlußfreiheit ist danach die unter den
spezifischen Lebensbedingungen der Individuen tatsächlich ge
bene Möglichkeit, auf den Abschluß bestimmter Verträge und
auf die damit verbundenen Leistungen zu verzichten.

Die Kreditgeber haben diese materielle Abschlußfreiheit für
ihre Seite vor dem BGH bestätigt. So hat der Anwalt der Te
zahlungsbanken dem BGH gedroht, daß, falls ihnen nicht für
ihre Konsumentenkreditgeschäfte im Bereich des finanzierten
Abzahlungskaufs ausreichende rechtliche Bedingungen durch d
Rechtsprechung geschaffen werden, sie darüber entscheiden
werden, "ob der Betrieb noch gewinnbringend fortgesetzt we
den kann" [1], was soviel heißt, daß sie anderenfalls von ihr
materiellen Möglichkeit, keine finanzierten Abzahlungsgeschä
te mehr abzuschließen, Gebrauch machen werden [2]. In der
Tat haben sie die Möglichkeit, ihr Geld in anderer Weise zu
verwerten, da für sie der spezifische Inhalt des Konsumente
kredits gleichgültig ist. Ebenso wie in allen anderen Geschä
ten kommt es ihnen allein auf die Erzielung von Gewinn an,
der in der Form des Geldes keinen qualitativen Schranken u
terliegt. Im konkreten Fall einer Kreditnachfrage habe sie i
übrigen die Möglichkeit, das Angebot abzulehnen, da das ein

---

3) Ausnahmen bestehen bei Monopolunternehmen, die wichtige Dienst- und Versorgungsleistungen anbieten und vornehmlich öffentlich-rechtlich organisiert sind wie Bahn, Post, Energi versorgung oder aber in Ausnahmefällen auch im privaten B reich, wo die Rechtsprechung aus § 826 BGB vereinzelt eine solche Pflicht hergeleitet hat. Dazu vgl. Esser, Schuldrecht Bd. 1, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1968 § 11 II 2 a; Larenz, a.a.O. S. 37-41

1) Nach Pagendarm, Das finanzierte Abzahlungsgeschäft, WM 434

2) Diese Drohung erscheint immer wieder in der Literatur: vgl Möhring, Die gesetzliche Regelung des Rechts der Allgemei nen Geschäftsbedingungen für die Banken, NJW 74, 1689 (16 Müller-Laube, Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft, S. 2

zelne Kreditersuchen isoliert ist von der Masse der übrigen Kreditgeschäfte und seine Ablehnung daher das gesamte Geschäft nur in geringem Maße berührt. In der Praxis drückt sich das etwa darin aus, daß von den Kreditgebern bestimmte Personengruppen wegen mangelnder Kreditwürdigkeit von der Kreditvergabe ausgeschlossen werden. So können ausländische Arbeiter keinen Kredit bei den Großbanken und großen Kaufhäusern bekommen, wenn sie nicht einen deutschen Bürgen stellen können. Personen, die in keinem festen Arbeitsverhältnis stehen, sind ebenfalls oft ausgeschlossen, wenn sie diesen Mangel nicht durch besondere Sicherheiten kompensieren können. Rentnern, Lehrlingen und Studierenden kann diese negative Abschlußfreiheit der Kreditgeber in gleicher Weise entgegengehalten werden wie Personen, die überschuldet sind oder bei denen die Auskunft bei der Kreditschutzgemeinschaft Schufa andere Gründe der Kreditunwürdigkeit ergeben hat.

Für den Konsumenten kann die Kreditverweigerung demgegenüber bedeuten, daß unmittelbare Lebensbedürfnisse unbefriedigt bleiben, auf die er weder verzichten noch sie durch andere Möglichkeiten ersetzen kann.

Für die Abzahlungsgeschäfte des ausgehenden 19. Jahrhunderts ist dieser materielle Zwang zur Kreditaufnahme für einen großen Teil des Stadtproletariats bereits oben geschildert worden. Menger [1] warnte damals "die Klasse der Besitzenden", denen es seiner Ansicht nach gelungen war, die "Benachteiligung der besitzlosen Volksklassen dadurch (zu bewirken), daß die Gesetzgebung von ihrem formalistischen Standpunkt aus für Reich und Arm dieselben Rechtsregeln aufstellt(e)" [2] sowie daß "ein einseitiges bürgerliches Gesetzbuch, welches die Gerichte täglich und stündlich nötigt, den

1) Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Neudruck Darmstadt 1968 S. 240
2) A.a.O. S. 18

besitzlosen Volksklassen Unrecht zu geben, diese allmählich a
das Tiefste verbittern (muß)." Das Bürgerliche Gesetzbuch ha
sich seit dieser Zeit, was die Regeln über die Kreditvergabe
anbetrifft, nicht geändert. Hat sich aber inzwischen die Recht
wirklichkeit dem Postulat der Abschlußfreiheit im Konsumente
kredit soweit angenähert, daß diese Kritik nicht mehr gelten
kann? [1] Aus den Angaben der Teilzahlungsbanken bis 1968 er
gibt sich, daß relativ konstant in den Jahren nach dem 2. We
krieg [2] 53,4 % ihrer Kreditnehmer Arbeiter, 24,3 % Ange-
stellte, 8,1 % Beamte, 9,6 % Rentner, Hausfrauen und ander
4,6 % Gewerbetreibende und freie Berufe waren. Da das Kre
ditvolumen der Gewerbetreibenden von 23,9 % [3] mit dem von
den Teilzahlungsbanken angegebenen Anteil der Investitionskre
dite an ihrer gesamten Kreditherauslage von 21 % [4] in etwa
übereinstimmt, muß man davon ausgehen, daß ca. 90 % aller
Konsumentenkredite der Teilzahlungsbanken an abhängig Be-
schäftigte gewährt wurden. Die übrigen 10 % der Kreditnehme
sind im wesentlichen Personen, die nicht im Erwerbsleben st
hen.

Diese Verteilung dürfte auch auf den Konsumentenkreditnehmer
kreis der Geschäftsbanken und Sparkassen zutreffen, wobei we
gen der z. T. höheren Anforderungen an die Kreditwürdigkeit
der Anteil der nicht im Erwerbsleben Stehenden noch geringe
ausfallen wird. Dafür spricht auch die Statistik der Bundesban
die bis 1968 das Konsumentenkreditvolumen mit den "kurz- un
mittelfristigen Krediten an wirtschaftlich Unselbständige ohne
Wohnungsbau" [5] gleichsetzte.

---

1) Vgl. ausführlich Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, 7. Ka
pitel: Die Kreditnehmer, S. 182 ff.

2) Nach Jahresbericht des Wirtschaftsverbandes der Teilzahlung
banken 1968 S. 10
3) A.a.O.
4) A.a.O. S. 8
5) Vgl. Merkblatt zur Konsumentenkreditstatistik, auszugsweise
abgedruckt in Monatsberichte der Deutschen Bundesbank, Nr.
(Juni) 1963 S. 8

Wenn für 1971 angegeben wird, daß 41,2 % aller Haushalte auf Ratenbasis verschuldet waren [1], der Anteil der Haushalte, deren Vorstand abhängig beschäftigt ist, 55 % beträgt [2] und weitere 36 % dieser Haushalte Rentnerhaushalte sind [3], so ergibt sich, daß etwa 70 % der Haushalte abhängig Beschäftigter sich im Konsumentenkredit verschulden. Bezogen auf die einzelnen Berufsgruppen [4] bedeutet das, daß ca. 76 % aller Arbeiterhaushalte, 50 % aller Angestelltenhaushalte, 55 % aller Beamtenhaushalte und 16 % aller Rentnerhaushalte im Teilzahlungskredit verschuldet sind [5]. Diese Personengruppen haben regelmäßig kein verfügbares Vermögen, da selbst Sparguthaben bis zu DM 3000,-- in der Regel nicht als verfügbare Geldmittel für die Anschaffung langlebiger Verbrauchsgüter angesehen werden. Nach einer Untersuchung von 1969 [6] gaben 48,4 % der Arbeiter und 44,1 % der Angestellten mit einem Sparguthaben von bis zu 3000,- DM an, daß sie dies für die Existenzsicherung benötigten. Nur 14 % der Arbeiter und 15 % der Angestellten wollten hiermit größere Anschaffungen tätigen [7]. Zu den Personen, die nur über ein Sparguthaben bis zu 3000,- DM verfügen, gehören 71,3 % der ungelernten oder angelernten Ar-

---

1) TW 72 6/28
2) basis daten, S. 549 für 1973
3) a.a.O. S. 539 ohne Jahresangabe
4) Vgl. basis daten a.a.O. S. 549 l. V. mit den Angaben über die Verteilung der Konsumententeilzahlungskredite s. o.
5) 41,2 % aufgeteilt nach dem Verteilungsschlüssel für Konsumententeilzahlungskredite der Teilzahlungsbanken ergibt: 22 % (Arbeiter) + 10 % (Angestellte) + 3,3 % (Beamte) + 5,9 % (Rentner) bezogen auf die Verteilung dieser Haushalte insgesamt mit 29 % + 20 % + 6 % + 36 % ergibt den jeweiligen Anteil.
6) Abgedruckt bei Osterland/Deppe/Gerlach u. a., Materialien zur Lebens- und Arbeitssituation der Industriearbeiter in der BRD, a.a.O. Tab. 145
7) Bestätigt wird dies durch eine Umfrage des Emnid-Instituts 1976 bei 4023 Personen, die nicht berufsspezifisch war, also auch hohe Einkommensgruppen einschloß (nach Die Welt vom 28. X. 1976). 19 % der Befragten sparten gar nicht. 54 % gaben als Sparziele die Bildung von Rücklagen für Notfälle und die Vorsorge für die Familien, 18 % die eigene Altersversorgung, 20 % Ausbildung und Aussteuer der Kinder und nur 39 % wollten mit dem Ersparten Reisen, Urlaub und größere Anschaffungen bezahlen.

beiter, 58,8 % der Facharbeiter und 57,9 % der einfachen Angestellten, während dieser Prozentsatz bei mittleren und leitenden Angestellten nur 37,8 bzw. 26 % beträgt. [1] Der Schwerpunkt der Konsumentenkreditaufnahme liegt unter den abhängig Beschäftigten somit bei den unteren Einkommensgruppen, wobei Haushalte, deren Vorstand zwischen 26 und 40 Jahren alt ist, dominieren [2]. Für diese Personengruppen ist daher die Frage nach der Abschlußfreiheit zu stellen. [3] Die tatsächliche Abschlußfreiheit wird weiter bestimmt durch die Entbehrlichkeit oder Aufschiebbarkeit des finanzierten Konsums. Aus einer Aufstellung des Wirtschaftsverbandes der Teilzahlungsbanken von 1968 ergibt sich, daß 25 % ihres Konsumentenkreditumsatzes der Automobilfinanzierung diente [4]. An zweiter Stelle folgte die Finanzierung von Möbeln sowie von Textilhausrat und Bekleidung, die jeweils 18 % des Umsatzes ausmachten, an dritter Stelle dann Hauswirtschaftsgeräte mit 10 %. Dienstleistungen machten zu diesem Zeitpunkt erst 5 % und Rundfunkgeräte nur 4 % des Umsatzes aus. Aus der Kopfleiste des Darlehensantrags für Privatdarlehen der Bank für Handel und Industrie (Dresdener Bank), in der der Verwendungszweck (für den Kunden unsichtbar auf seiner Formularausfertigung) angekreuzt wird, ergibt sich eine Reihenfolge,

---

1) Nach Osterland/Deppe/Gerlach, a.a.O. Tab. 144

2) So Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken, a.a.O. S. 73

3) Diese Personen erscheinen jedoch kaum bei den Obergerichten, da der Instanzenzug selber zu einer Selektion zugunsten höherer Einkommensschichten führt. OLG Stuttgart v. 11. 3. 1975 - 6 U 126/74 -: Bäckermeister; BGH NJW 67, 1025: Kauf eines Perserteppichs; BGH NJW 67, 1025: Kauf von Luxusgütern; BGH NJW 61, 164: Praxiseinrichtung eines Arztes. Es handelte sich zudem meist um Investitionskredite: BGH NJW 74, 365 (Gaststätte); NJW 71, 2303 (Waschsalon); NJW 62, 1100 (Gaststätte); Abhilfe kann hier nur dadurch geschaffen werden, daß Amts- und Landgerichte bei grundsätzlichen Fragen der Massengeschäfte ein Vorlagerecht an die Obergerichte erhalten,

4) Jahresbericht, a.a.O. 1968

der vermutlich die Relevanz der entsprechenden Kreditzwecke zugrunde gelegt ist.

1. PKW neu, 2. PKW gebraucht, 3. Wohnungseinrichtung, 4. Rundfunk- und Fernsehgeräte, 5. Haushaltsgeräte, 6. Wohnungs-Instandsetzung und Wohnungsreparaturen, 7. Ausbildung und Studium, 8. Urlaub/Kur, 9. Ablösung bestehender Schulden, 10. Gewerbliche Zwecke, 11. Sonstiges.

Der Pkw behauptet auch in dieser Aufstellung die Führung. Auf ihm liegt auch das Hauptgewicht der Konsumentenkreditreklame. So hat etwa bei der Tochtergesellschaft der Deutschen Bank, der Berliner Disconto Bank, die allgemeine Abkürzung des Privatdarlehens "PAD" gleich zwei Bedeutungen, nämlich Persönliches Anschaffungsdarlehen und Persönliches Auto-Darlehen [1]. Die Wohnungseinrichtungen an zweiter Stelle markieren die besondere Bedeutung, die der Konsumentenkredit für junge Arbeitnehmer zur Gründung eines Hausstandes erhalten hat. Das gleiche gilt für Haushaltsgeräte wie Waschmaschine, Herd, Wäschetrockner, Spülmaschine etc. [2]

Die Frage nach der Abschlußfreiheit der Verbraucher in Konsumentenkredit wird somit zur Frage, ob Arbeitnehmerhaushalte, insbesondere die Arbeiterhaushalte mit Einkommen bis zu 1900,- DM im Monat, sich Pkws, Wohnungseinrichtungen, Farbfernseher und Haushaltsgeräte auf Kredit kaufen müssen, d. h. inwieweit sie sich durch Verzichtsmöglichkeiten oder Ausweichmöglichkeit auf den Barkauf zumindest partielle Abschlußfreiheit bewahren können.

---

1) Die 7 Werksfinanzierer der Automarken NSU, BMW, FIAT, Ford, Opel, Renault und VW hatten am 31. 12. 1974 1.893 Mrd. DM Kundenforderungen, TW 76 1/17

2) Bei den Banken liegt hierüber detailliertes Material vor (so sind die oben angegebenen Rubriken beim Anschaffungsdarlehensantrag über den Verwendungszweck schon computergerecht numeriert), da sie hierauf ihre Produktwerbung und ihr Marktverhal-

Forts. s. 263

Dem Haushalt des nach den vorstehenden Ausführungen wahrscheinlichen Konsumentenkreditnehmers ähnelt dabei der Haushaltstyp 2, der regelmäßig vom statistischen Bundesamt untersucht wird. Haushaltstyp 2 ist ein "4-Personen-Arbeitnehmerhaushalt mit mittlerem Einkommen des Haushaltsvorstandes. Es handelt sich um Ehepaare mit zwei Kindern, davon mindestens ein Kind unter 15 Jahren, in Gemeinden mit 20 000 und mehr Einwohnern. Der Haushaltsvorstand soll als Angestellter oder Arbeiter tätig und alleiniger Einkommensbezieher sein. Sein monatliches Bruttoarbeitseinkommen sollte 1973 zwischen 1300,- DM und 1950,- DM liegen." [1] Für diesen Haushalt wurde 1973 bei einem Einkommen von 2176,55 DM nach Abzug von Steuern und Sozialversicherung ein ausgabefähiges Einkommen von 1761,02 DM festgestellt. 61 % der Ausgaben waren bereits durch Wohnungsmiete, Elektrizität, Gas, Wasser, Verbrauchsgüter mittlerer Lebensdauer, Reparaturen sowie Nahrungs- und Genußmittel monatlich festgelegt. Für langlebige hochwertige Gebrauchsgüter wurden nach dieser Aufstellung 165,02 DM pro Monat ausgegeben [2]. Die Differenz zwischen den monatlichen Ausgaben und dem ausgabefähigen Nettoeinkommen betrug 290,15 DM [3]. Geht man davon aus, daß diese Verfügungsreserve zu 50 % für die Anschaffung langlebiger

---

2) Forts. von S. 262:
ten abstellen. Gesetze, sie zu zwingen, diese Daten auch für die Verbraucherforschung zur Verfügung zu stellen, gibt es leider jedoch nicht, so daß auch die staatliche Gesetzgebung mehr oder minder aus dem Dunkeln schöpfen muß.

1) Nach basis daten, S. 547; dieser Haushalt stellt noch eine relativ günstige Auswahl dar, da z. B. 1970 5 % der Arbeiterhaushalte mehr als 4 Personen hatten (Osterland/Deppe, Materialien, Tab. 120) und etwa der durchschnittliche Bruttomonatsverdienst eines Industriearbeiters 1973 wenig über 1600,- DM lag (Stat. Jhb. 1974 S. 469), während er bei der Haushaltsstichprobe des Haushaltstyps 2 1910,- DM (basis daten, a.a.O. S. 547) also 300,- DM mehr betrug.

2) Zum Vergleich im Haushaltstyp 3 waren es 282,40 DM, basis daten, S. 551

3) Beim durchschnittlichen Industriearbeiter würde wegen des geringeren Durchschnittseinkommens diese Verfügungsreserve allerdings nur 130,- DM betragen.

hochwertiger Verbrauchsgüter bereitsteht [1], so hätte dieser Arbeitnehmerhaushalt ca. 230,- bis 300,- DM im Monat für die Anschaffung langlebiger hochwertiger Verbrauchsgüter. Dies würde bedeuten, daß für eine Wohnungseinrichtung mindestens 27 Monate, für ein Auto 34 Monate, für Haushaltsgeräte und Fernseher weitere 10 Monate gespart werden müßte, also im günstigsten Fall nach 6 Jahren und 10 Monaten das letzte Gebrauchsgut erworben werden könnte, was zur normalen Haushaltsausstattung zählt. Diese Rechnung ist jedoch deshalb hypothetisch, weil zwischenzeitliche Sonderbelastungen wie Unfälle, Ersatzbeschaffung, Umzugskosten oder Einkommensminderung durch Wegfall der Überstundenmöglichkeit, Kurzarbeit, Arbeitslosigkeit und Krankheit nicht berücksichtigt sind. Für einen durchschnittlich verdienenden Industriearbeiter beliefe sich die Ansparzeit sogar auf über 91 Monate entsprechend 7 Jahren und 7 Monaten [2]. Diese Werte sind nur grobe Schätzungen und können nur eine ungefähre Vorstellung vermitteln, was zumindest an Zeitaufwand erforderlich ist, um einen durchschnittlichen Lebensstandard zu erreichen.

Dieser Lebensstandard hat dabei eine hohe psychologische Wirksamkeit, da durch das Erreichen des durchschnittlichen Lebensniveaus nicht nur die vom Konsumgut ausgehenden unmittelbaren Vorteile erreichbar sind, sondern im Sozialverhalten Sozialprestige, Selbstdarstellungsmöglichkeit, Kommunikation, Selbstwertgefühl und anderes mehr geboten wird.

---

1) 97,78 DM vom monatlichen Einkommen werden durchschnittlich von diesem Haushalt allein für Urlaub ausgegeben, falls nicht überhaupt auf Urlaub verzichtet wird, a.a.O. S. 554

2) Haushaltstyp 3 hätte hierfür keine zwei Jahre benötigt bei einem ausgabefähigen Einkommen von 3075 DM (ausgabefähiges Monatseinkommen 1973), a.a.O.

Die Erwerbsentscheidung ist daher im wesentlichen sozial und gruppenorientiert [1], wodurch die Standards der eigenen Lebenssphäre in der Weise gesetzt werden, daß der Verzicht oder das Aufschieben des Erwerbs bestimmter "Standard"-Güter nur um den Preis einer Außenseiterposition durchgehalten werden kann.

Katona [2] berichtet über eine Reihe von empirischen Untersuchungen in den USA, in denen dieser soziale Zwang zur Anschaffung belegt worden ist. Man spricht dabei bereits von einer "Verkäufer"-funktion von Nachbarschaftsgruppen: "Was unsere Freunde besitzen, das haben wir auch oder werden es bald haben." [3] Niemand will dadurch auffallen, daß er etwas nicht besitzt [4]. Dabei ist neben der Nachbarschaft noch als besondere Interaktionsgruppe der Arbeitsbereich mit den Arbeitskollegen untersucht worden [5]. Über den für den Konsumentenkredit wichtigsten Konsumgegenstand, das Auto, schreibt Katona [6]: "Das Auto ist vielleicht unser augenfälligster Besitz. Nur wenige Verwandte und Freunde besuchen uns in unserer Wohnung, aber alle unsere Nachbarn, Kollegen und Bekannten sehen, was für einen Wagen wir fahren. Selbst wenn das Ehepaar immun wäre gegen den Wunsch, andere durch ihren Wagen zu beeindrucken, könnten ihre Kinder aus Angst, an Ansehen zu verlieren, wenn ihre Eltern keinen Wagen jüngster Bauart fahren, einen Druck auf sie ausüben."

Schulze-Heising [7] untersucht die Autolosen bereits als eine

---

1) Katona, Die Macht der Verbraucher, S. 219
2) A.a.O. S. 219 ff.
3) A.a.O. S. 221
4) A.a.O. S. 223
5) A.a.O. S 223
6) A.a.O. S. 226
7) Menschen ohne Auto in transfer 1, 1975 S. 86 (87)

Gruppe sozial Benachteiligter, da u. a. "die allgemein hohe Wertschätzung des Autos das Urteil über die menschlichen Qualitäten des Autofahrers mitbestimmt. Umgekehrt", so heißt es dort weiter, "sind die gängigen Urteile über die Benutzer öffentlicher Verkehrsmittel ebenso negativ wie diese Verkehrsmittel selbst erscheinen. Wer auf Alternativen zum Auto angewiesen ist, hat also neben praktischen Nachteilen zusätzlich mit einem gewissen Maß an persönlicher Geringschätzung zu rechnen."

Aus einer Untersuchung von Thorelli, Becker und Engledow [1] geht hervor, daß bei der Produktauswahl Freunde und Verwandte an dritter Stelle der Einflußfaktoren für die Verbraucherentscheidung genannt werden [2]. Gezielt verstärkt wird diese soziale Sanktionierung des aufgeschobenen Erwerbs durch gruppenbezogene Werbung, die den Eindruck des eigenen "Nachhinkens" verstärkt.

In dem Maße, wie der Konsumentenkredit erfolgreich als Massenfinanzierung durchgesetzt werden konnte, sind diese Standards auch im Alter der Konsumenten vorverlegt. Verschuldung ist ein normales Mittel des Erwerbs geworden und wer trotz dieser Möglichkeit die entsprechenden Konsumgüter nicht besitzt, dokumentiert nunmehr zusätzlich noch seine Kreditunwürdigkeit.

Man würde es sich jedoch zu einfach machen, den Kreditaufnahmezwang allein auf sozial-psychologische Faktoren zurückzuführen. So ist etwa für die Wohnungs- und Kücheneinrichtung einer Neubauwohnung ohne weiteres die Unaufschiebbar-

1) The Information Seekers: A Comparative Study of American And German Consumers, in Proceedings Of The Second Workshop On Consumer Research, Berlin, April 9-12, 1975, Hrsg. Wissenschaftszentrum Berlin, S. 21

2) An erster Stelle der unmittelbar persönliche Eindruck, an zweiter Stelle die gemachten Erfahrungen

keit des Erwerbs einsichtig. Dementsprechend erfolgen nach einer Meldung der Westdeutschen Landesbank Girozentrale zufolge auch fast alle Möbelkäufe auf Kredit [1]. Aber auch das Auto ist in vielen Fällen zum unverzichtbaren Attribut der Lebensverhältnisse der Arbeitnehmer geworden. Nach einer Untersuchung zum Arbeitsweg in Baden-Württemberg von 1969/70 [2] betrug der Arbeitsweg für 21,3 % der Befragten trotz der bereits bestehenden hohen Motorisierung mehr als 1 Stunde täglich. Nach einer anderen Untersuchung waren es sogar 32 % [3]. Mehr als eine halbe Stunde benötigten 53 % der Befragten. Wie sich die Zeit für den Arbeitsweg ohne Auto darstellen würde, bleibt der Spekulation überlassen. Auch für das Einkaufen, den Kindergarten-, Schul- oder Kinobesuch und den Kontakt zu Bekannten ist das Auto dort unentbehrlich geworden, wo die Wohnung in Trabantenstädten liegt. Arbeitsaufnahme und Autokauf bedingen sich daher häufig. Trotz dieser Faktoren besitzen nur 57 % der Arbeiter gegenüber 81 % der gehobenen Berufe bereits ein Auto. [4]

In den USA waren 1956 [5] Haushalte mit Kindern, bei denen der Haushaltsvorstand jünger als 45 Jahre war, mit 40-60 % am Erwerb langlebiger Konsumgüter beteiligt. Verschuldet waren nach einer anderen Untersuchung danach im Ratenkredit 56 % junger Ehepaare ohne Kinder und 65 % junger Ehepaare mit Kindern [6]. Wer einmal verschuldet ist, kann die Ersatzbeschaffung eines Autos ebenfalls nur auf Kredit erreichen. Zur Ersatzbeschaffung besteht ein noch größerer Zwang, da langlebige hochwertige Konsumgüter die Lebensverhältnisse entscheidend beeinflussen und verändern und daher materiell

---

1) TW 76, 3/41
2) Wiedergegeben bei Osterland/Deppe u. a., a.a.O. S. 66 f.
3) A.a.O. S. 301 Fn. 14
4) TW 76,1/29
5) Katona, a.a.O. S. 233
6) A.a.O. S. 232

und psychologisch unverzichtbar werden.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß aufgrund der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Lebensverhältnisse der Arbeitnehmer bei der Gründung des Hausstandes sowie für die spätere Ersatzbeschaffung in der Regel keine reale Alternative zur Kreditaufnahme mehr besteht. Eine Rückkehr zum Barkauf würde eine vollständige Umwälzung der sozio-ökonomischen und psychologischen Strukturen unserer Gesellschaft voraussetzen, d. h. entweder vollkommene Neugestaltung des Entlohnungssystems oder Zurückentwicklung ins 19. Jahrhundert.

Die Abschlußfreiheit derjenigen Verbraucher, die den Erwerb langlebiger Verbrauchsgüter sowie bestimmter Dienstleistungen finanzieren, ist daher nur noch so viel wert, wie die beste Kreditmöglichkeit, die dieser Personengruppe im Einzelfall konkret von der Kreditwirtschaft angeboten wird. Abschlußfreiheit der Konsumentenkreditnehmer hat daher allenfalls noch den materiellen Inhalt einer Auswahlfreiheit, während dem Kreditgeber, bezogen auf das einzelne Geschäft, die volle materielle Vertragsfreiheit zukommt.

(1.3) Die tatsächliche Auswahlfreiheit der Verbraucher im Konsumentenkredit

Der Auswahlfreiheit der Verbraucher entspricht wirtschaftlich eine Angebotskonkurrenz im Konsumentenkredit, d. h. ein Wettbewerb auf einem Anbietermarkt. Nun hat schon der historische Rückblick auf die Zeit vor Erlaß des Abzahlungsgesetzes gezeigt, daß eine Vielzahl von Anbietern zwar den Wettbewerb garantiert, nicht jedoch, daß dieser Wettbewerb auch den Verbrauchern zugute kommt. Wettbewerb erweist sich nämlich nur unter der Bedingung, daß die Nachfrage rational und elastisch ist, als verbraucherfreundlich. Da Ende des

19. Jahrhunderts die Kreditnachfrage des Stadtproletariats weitgehend irrational und unelastisch war, da die Kreditnehmer einen geringen Bildungsstand hatten, auf die gewünschten Güter nicht verzichten konnten und ein Barkauf ausgeschlossen war, bestand die Konkurrenz der über 1000 Abzahlungsbazare darin, durch raffinierte juristische Konstruktionen und wucherische Preisgestaltung die Notlage der eigenen Kundschaft intensiver auszubeuten als die Konkurrenz. Die Konditionengestaltung der Abzahlungsbazare war daher einheitlich auf einem Niveau, das trotz heftigen Wettbewerbs staatlichen Eingriff erforderte.

Demgegenüber scheinen heute dem Kunden eine Vielzahl konkurrierender Kreditformen wie Abzahlungskauf, finanziertes Abzahlungsgeschäft, Finanzierungs-Leasing, Überziehungskredit und Privatdarlehen von einer Vielzahl von Anbietern wie Geschäftsbanken, Sparkassen, Teilzahlungsbanken, Kreditvermittlern und Händlern offenzustehen, wobei die Konditionen innerhalb der einzelnen Kreditformen wiederum ein differenziertes Angebot vortäuschen. Dieses reichhaltige und differenzierte Angebot ist jedoch in Wirklichkeit nur die Zusammenfassung von einzelnen Angeboten an bestimmte gesellschaftliche Gruppen. Während im Barkauf, gleichgültig aus welcher sozialen Schicht, beruflichen Situation oder Vermögensposition der Käufer kommt, jeder Verbraucher, der den Kaufpreis bar bezahlen kann, dem Verkäufer gleichwertig ist, da das Geld seine Herkunft nicht sehen läßt, ist die von den Verbrauchern bei der Kreditnachfrage angebotene Gegenleistung abhängig von ihrem Einkommen, der Sicherheit ihres Arbeitsplatzes, ihrem Vermögen und ihren laufenden Ausgaben. Zwar zahlt in der Regel der Kreditnehmer den Kredit in ebenso "makellosem" Geld zurück, wie er es erhalten hat. Bei Abschluß des Kreditgeschäftes offeriert er dagegen jedoch nur eine Rückzahlungschance, deren Sicherheit im wesentlichen von den zukünftigen Verwertungschancen seiner Arbeitskraft abhängt. Für die

Kreditgeber besteht daher im Unterschied zu dem barverkaufenden Händler die Nachfrage nicht in einer unterschiedslosen Masse von Geldangeboten, sondern in einer Vielzahl von Gruppen, die eine unterschiedliche Gegenleistung offerieren.

Der Wert der Rückzahlungsverpflichtung, der sich aus dem Rückzahlungsbetrag in Verbindung mit der Rückzahlungssicherheit kalkuliert, ist daher genauso differenziert wie die Einkommensskala, soziale Schichtung und Arbeitsplatzsicherheit in unserer Gesellschaft. Unter dem Begriff der "Kreditwürdigkeit" wird dieser Taxwert der Kreditnehmer nach Einkommen, Stellung, Vermögen, Schulden und laufenden Belastungen festgestellt. Einer bestimmten Kreditwürdigkeits- (=sozialen) Gruppe wird daher ein bestimmter Kredit mit einem spezifischen Preis und besonderen Abwicklungsbedingungen angeboten, wobei durch die Anforderungen an die Sicherheiten eine noch feinere Differenzierung möglich ist.

Nachfrage	Angebot		
Kreditwürdigkeit →	Kreditpreis	+ Sicherheiten	+ Abwicklungsbedingungen im Störungsfall
prospektiertes Einkommen ↑ Ausgaben ↑ Vermögen	Zinsen und sonstige Kosten	Bürgschaft ↑ Sicherungsübereignung ↑ Gesamtschuldnerische Haftung	

Wer unter der Kreditwürdigkeitsgrenze eines bestimmten Angebotes liegt, muß sich einen Kredit zu einem höheren Preis und schärferen Abwicklungsbedingungen suchen, den entweder der Kreditgeber selbst bereithält oder der von einem anderen spezialisierten Kreditgeber angeboten wird. Erreicht er auch diese Kreditwürdigkeitsklasse aufgrund seiner sozialen Lage nicht, so

ist er auf Kreditangebote angewiesen, die erheblich teurer und von den Abwicklungsbedingungen her kaum noch tragbar sind.

Auswahlfreiheit existiert daher nur insoweit, wie ein Kreditwettbewerb nach Preisen und Konditionen gerade in Bezug auf eine bestimmte Kreditwürdigkeitsgruppe besteht.

Wie sich aus der Differenzierung des Kreditangebots ergibt [1], ist diese Aufteilung auch bei den Kreditgebern sichtbar. Die höchste Kreditnehmergruppe wird von den Geschäftsbanken mit dem Anschaffungs-,Privatdarlehen bzw. dem Persönlichen Anschaffungsdarlehen (PAD) bedient. Soweit etwas aus der Werbung herauszulesen ist, wird ein "geregeltes Einkommen" [2] verlangt. Auch das Alter, der Familienstand, frühere Zahlungsschwierigkeiten, vor allem aber die Höhe des Einkommens sowie der Betrag laufender Zahlungsverbindlichkeiten spielen eine Rolle. Differenzierungen erfolgen dann in den geforderten Sicherheiten sowie in der Kredithöhe [3], so daß aufgrund der Höhe der benötigten Kreditsumme auch Kreditunwürdigkeit gegeben sein kann. Welche Bedingungen dieses Angebot im einzelnen hat, erfährt der Kunde oft erst bei der ablehnenden Entscheidung der Bank. So heißt es im Werbeschreiben der Berliner Bank [4]: "Allerdings wird uns diese Ware (der Kredit, U.R.) von anderen anvertraut, z. B. von Sparern, und die erwarten ihr Geld natürlich irgendwann zurück. Darum und vor allem auch ihnen selbst zuliebe, damit der Kredit keine Last für sie wird, müssen wir persönliche Fragen stellen - alles natürlich unter dem Siegel des Bankgeheimnisses. So legen wir dann in einer gemeinsamen "Haushaltsdebatte" Kreditsumme und Höhe

1) Die Kreditwürdigkeitsrichtlinien sind als Geschäftsgeheimnisse leider nicht erreichbar.
2) Sparkasse s. folgende Fußnote
3) "Die Kredithöhe richtet sich nach ihren persönlichen Verhältnissen ..." so die Sparkasse Berlin (West) in ihrer Werbebroschüre "Geldbewußt - selbstbewußt", S. 8
4) "Kredit muß seinen Preis wert sein"

der Rückzahlungsraten fest, offen und doch privat."

Ca. 10 bis 20 % der Kreditgesuche werden abgelehnt, während die übrigen hier nicht bedienten Interessenten wie Rentner, Arbeitslose, Ausländer, junge Arbeitnehmer mit zu niedrigem Einkommen, bereits mit Zahlungsschwierigkeiten Belastete etc. schon von vornherein andere Kreditgeber aufsuchen.

Das Angebot in dieser Sparte liegt dementsprechend günstig, nämlich zur Zeit bei Kreditkosten zwischen (Ende 1976) 8 und 10 %.

Innerhalb der Angebotsgruppe bestehen dagegen fast keine Unterschiede. Die Zinssätze sind gleich. Es werden identische Formularverträge, deren Konditionen nur in der Reihenfolge der Anordnung sowie sprachlich differieren, verwendet. Kleine Differenzen gibt es nur bei den Verzugszinsen [1] und "Gebühren". Bezüglich möglicher Einreden gelten ohnehin die gemeinsamen AGBs. Die Grundlage dieser weitgehenden Uniformität liegt darin, daß dieser Konsumentenkreditmarkt fast ausschließlich von der Deutschen Bank, Dresdener Bank, Commerzbank (einschließlich ihrer Berliner Tochterinstitute Berliner Disconto Bank, Bank für Handel und Industrie, Berliner Commerzbank) und wenigen Geschäftsbanken, die hier tätig sind, sowie den Sparkassen beherrscht wird, denen die meisten Teilzahlungsbanken gehören [2].

1974 ergab sich folgende Verteilung des gesamten Konsumentenkreditmarktes [3]:

Deutsche Bank, Dresdener Bank, Commerzbank (incl. Berlin)	15,5 %
Regional- und sonstige Kreditbanken	10,8 %
Sparkassen und Girozentralen	30,9 %
Teilzahlungskreditinstitute	17,0 %
Genossenschaftsbanken	21,9 %
Restliche	3,9 %

1) Z. B. 0,4 ‰ pro Tag bei der BHl, 3 % über dem effektiveren Jahreszins bei der Sparkasse
2) Vgl. im einzelnen Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, Kapitel 6, S. 124 ff.
3) Nach TW 75 3/14

Bei den Genossenschaftsbanken sind dabei auch die Kredite im Agrarbereich mitgezählt, die investitiven Zwecken dienen, so daß ihr Anteil auf dem Konsumentenkreditmarkt erheblich niedriger liegen dürfte [1].

Seit dem Beginn 1976 zielt jedoch die konzertierte Werbung der Großbanken sowie ihre Preisgestaltung daraufhin, diesen Prozeß der Ausdifferenzierung abzuschließen. Z. T. mehrmals pro Woche wandten sich die Kreditbanken und Sparkassen mit ähnlichen Parolen immer abwechselnd in den Zeitungen mit viertelseitigen Anzeigen an die privaten Kunden [2]. Dabei senkten sie ihre Effektivzinssätze von 15,3 % im November 1974 auf 8,77 % Anfang 1976 [3]. Mit diesen konzertierten Angeboten liegen die Kreditbanken schon fast in der Verlustzone [4] und nach Abschluß dieser Kampagne, mit der den Teilzahlungsbanken, Genossenschaftsbanken und Kreditvermittlern der von den Kreditbanken nicht bediente Kundenkreis zugewiesen ist, werden sie die Kreditkosten wieder gemeinsam steigern, da mit Einrichtung der Gehaltskonten eine größere Mobilität der Kunden wohl kaum zu erwarten ist [5]. Das Angebot der Teilzahlungsbanken zielt dann tendenziell auf einen Kundenkreis, der höhere Risiken birgt. Mit Zinssätzen bei 19 % effektiv p.a. [6] steht ihr Angebot den Kunden zur Verfügung, die entweder bei den

---

1) Vgl. Jahresbericht des Wirtschaftsverbandes der Teilzahlungsbanken, 1974, S. 8

2) Z. B. "Ob Sie für ein Auto oder Möbel 2000,- Mark mehr oder weniger ausgeben, kann an der richtigen Finanzierung liegen" Deutsche Bank, in Frankfurter Rundschau vom 9. XII. 75; "Wenn Ihr 10.000-DM-Wagen am Ende 13.320 DM kostet, wurde er bestimmt nicht von der Dresdener Bank finanziert", Frankfurter Rundschau v. 26. III. 76; "So kaufen Sie Ihren Kredit günstig ein", Bayerische Hypo-Bank nach TW 76, 3/31

3) Cramer, Sonderangebot Kredit, TW 76, 3/31

4) So Cramer, a.a.O ; vgl. zu dieser Marktaufteilung auch die Glosse "Die Sache mit den Brötchen" in TW 76, 5/25

5) Durch einstweilige Verfügung ist der Deutschen Bank und der Dresdener Bank inzwischen untersagt worden, "blickfangartig" höhere Kreditkosten, wie sie bei den Teilzahlungsbanken üblich sind, ihrem Angebot gegenüberzustellen, a.a.O.

6) So die Noris-Bank bei Bar- oder Teilzahlungskrediten bis 4999,- DM 19,2 % effektiv p.a. 1976 .

Kreditbanken kreditunwürdig sind oder die aus psychologischen Gründen nicht in der Lage sind, anders als über die Händlervermittlung oder die durch den engen räumlichen Zusammenhang mit den Händlern erleichterte Möglichkeit, sich Kredit zu beschaffen. Neben den erhöhten Kreditkosten erwarten diese Kunden noch z. T. erheblich verschärfte Abwicklungsbedingungen für den Störungsfall. So wird z. B. die Zeit des Ratenverzuges bis zum Ratenverfall von 2 Monaten bei den Kreditbanken auf 20 Tage bei der KKB abgekürzt [1], die Sicherungsübereignung wird häufiger gefordert und die Rechte der Rücknahme verstärkt [2], für den Fall gerichtlicher Geltendmachung des Anspruchs werden zu den Durchsetzungskosten erhebliche Pauschalbeträge [3] gefordert. Die Abgabe notleidender Kredite an ein Inkassoinstitut mit der Folge, dessen Kosten zu tragen, wird formularmäßig vereinbart [4]. U. U. werden Wechsel für die einzelnen Raten gefordert und dadurch die Abwehrmöglichkeiten der Verbraucher wesentlich eingeschränkt [5]. Auch mit höheren Verzugs- oder Stundungszinsen ist zu rechnen [6]. Der Ratenverfall bei "Vermögensverfall" ist in diesen Bedingungen verschärft, da es z. B. bei der WKV-Berlin schon ausreicht, "wenn ... er (der Kreditnehmer, U, R.) bei seinen Gläubigern um ein Moratorium nachsucht, ein Vergleichsverfahren anstrebt, ... seine Stellung, gleichgültig aus welchem Grunde, aufgibt ..." [7].

---

1) Ziff. 7 der Darlehensbedingungen
2) Verzicht auf den Einwand der verbotenen Eigenmacht, a.a.O. Ziff. 11
3) Z. B. 4 % der Hauptforderung bei der KKB, a.a.O. Ziff. 13; 5 % bei der WKV-Berlin Ziff. 3 der Barkreditbedingungen
4) KKB Ziff. 13, wobei noch bemerkenswert ist, daß die FIDUCIA-Inkasso-Treuhandgesellschaft, der die KKB die dubiosen Forderungen zur Einziehung überträgt, ihre 100 %ige Tochter ist.
5) Art. 18 des 3. Entwurfes einer EG-Richtlinie zum Verbraucherkredit vom März 1976 sieht ein entsprechendes Verbot vor
6) BHI: 13,6 % p.a.; WKV Berlin 18 % p.a. nach Ziff. 2 der Bar-Kredit-Bedingungen
7) Ziff. 4 a.a.O.

Auch in der Kreditlaufzeit ergeben sich Indizien für diese Mark
aufteilung. So betrug der Anteil der langfristigen Konsumenten-
kredite über 48 Monate Laufzeit, bei denen eine hohe Kreditwürdi
keit erforderlich ist, an der Konsumentenkreditherauslage der
Sparkassen, Kreditbanken und Kreditgenossenschaften zwischen
50 und 60 %, bei den Teilzahlungsbanken dagegen nur 8,14 %
im Jahre 1974 [1], während sie im mittelfristigen Kredit 1974
rund 80 % ihres Kreditvolumens hatten [2].

Wer schließlich auch bei den Teilzahlungsbanken keinen Konsu-
mentenkredit mehr erlangen kann, dem bleibt in der dritten Ka
tegorie nur das Angebot der Kreditvermittler.

Bei der Werbung dieser Kreditvermittler wird indirekt deutlich
wo die Ausdifferenzierung bei Kreditbanken und Teilzahlungsban
ken vorgenommen wird. So wird in fast allen Werbekarten und
Anzeigen darauf hingewiesen, daß "Bardarlehen für alle Arbeit
nehmer" [3] gewährt werden. "Arbeitnehmer-Darlehen für Alle"
heißt es in der mit "Geldsorgen?" überschriebenen Antwortkar
te [4]. "Barkredit für alle Arbeitnehmer, Selbständige und Ren
ner!" heißt es bei der Kredit Versand GmbH Berlin. In Zei-
tungsanzeigen wird weiter betont: "- auch Hausfrauen -" [5],
"Hausfrauenkredit bis 1500,-" [6], "für Arbeitnehmer, Selbstän
dige, Hausfrauen, Gastarbeiter" [7], "ab 18 Jahren, ohne Bür-
gen, ohne dingliche Sicherheiten, Zusammenfassung laufender
Kredite" [8], "Westdeutsche, Rentner, 21jährige ohne Bürgen"
"Verheiratete ohne Ehepartner, Ledige, Ausländer" [10], "an
Hauswarte, Getrenntlebende, und alle Arbeitnehmer" [11], "Au

1) Scholz, Teilzahlungsbanken und übrige Kreditwirtschaft, TW
3/4
2) TW 74, 5/36
3) Z. B. Werbekarte des Geld Versand Essen
4) A.a.O.
5) Verm. Nagler-Finanzierungen FR v. 25. VI. 75
6) Nagler-Finanz, a.a.O.
7) K + K Finanzagentur Frankfurt, FR. v. 25. VI. 75
8) Hansa-Finanz-Agentur a.a.O.
9) KKF Berlin in BZ v. 14. XI. 1974
10) Mehley in BZ a.a.O.
11) [illegible] in BZ a.a.O.

bei noch laufenden Krediten" [1], "auch bei Altschulden" [2]. Am deutlichsten in der Anzeige der Franz Hubinger GMBH: "Kreditsuchende, die von der Bank abgelehnt werden, sind unser Spezialgebiet - auch GASTARBEITER" [3].

Die Positivliste der Kreditvermittler entspricht somit relativ genau der Negativliste der Kredit- und Teilzahlungsbanken. Die Abschlußfreiheit der betroffenen Gruppen, die aufgrund ihres niedrigen Einkommens noch weit kreditabhängiger sind als die kreditwürdigeren Bevölkerungsgruppen, reduziert sich dabei auf die Auswahl zwischen Angeboten, von denen in der Öffentlichkeit [4] aufgrund der Nachforschungen der Presse das Bild vom "Kredithai" entstanden ist, der den Kreditnehmer "auffrißt". Dabei wird zunächst der Zins verschleiert, was nach unserer Rechtsordnung für Kreditvermittler weiterhin legal ist, da sie weder den Verordnungen der Bankenaufsicht unterstehen noch in der Regel nach heutiger Rechtsprechung sich nach dem Abzahlungsgesetz richten müssen. Gerade gegenüber denjenigen, bei denen keine Vertragsfreiheit mehr gegeben ist, die bildungs- und einkommensmäßig am meisten benachteiligt sind, herrscht die absolute Vertragsfreiheit der Kreditgeber, die in der Aufspaltung der Kreditkosten in sog. "Effektivzinsen", "Kreditgebühren pro Monat", "Antragsgebühr", keine volle Auszahlung der Kreditsumme, Vermittlungsgebühr, überhöhte Kreditversicherung u. a. m. sich zur privaten Diktatur verdichten kann.

---

1) Mauelshagen & Hilla in FR v. 25. VI. 75
2) BKG, Lehmkuhl oHG Kapitalvermittlung in FR a.a.O.
3) Nach "Vorsicht Kredithai!" Dokumentation über unseriöse Kreditgeschäfte - Schwarzbuch - Rheinischer Sparkassen- und Giroverband, inzwischen gerichtlich eingezogen
4) Vgl. Stiftung Warentest "test" Nr. 10, 1974; Stern, Nr. 35 v. 22. August 1972; ADAC-Motorwelt Okt. 1974; Die Zeit, Nr. 22 v. 24. 5. 1974; verbraucherpolitische korrespondenz Nr. 29 v. 18. 7. 1972; Verbraucherrundschau, Heft 8, August 1972 S. 6; Frankfurter Rundschau v. 21. IX. 1973; Tagesspiegel v. 19. V. 1974

Bei den Abwicklungsbedingungen genügt dann z. B. schon ein 8-tägiger Verzug ohne vorherige Mahnung, Verzugszinsen werden mit 22 % p.a. berechnet, für die Abtretungsanzeige an den Arbeitgeber werden"2 % des Gesamtbetrages" und für die Bearbeitung zur gerichtlichen Geltendmachung 190,- DM bei Krediten über 3000,-- DM berechnet [1]. Die Rechtsprechung hat diese Marktaufteilung bei der Festlegung der Wuchergrenze i. S. d. § 138 BGB bereits berücksichtigt. Sie läßt hier Gruppenbezüge zu, weil "allgemein bekannt (ist), daß bei Kreditinstituten, wie die Klägerin eines ist, geringere Anforderungen an die Darlehensnehmer gestellt werden, was sich jedoch andererseits in höheren Kreditgebühren niederschlägt, da die Klägerin ihr erheblich höheres Risiko entsprechend abzusichern versucht. Die hohen Kosten derartiger Kreditinstitute führen dazu, daß die Grenze der Zulässigkeit der Kreditgebühren weit höher angesetzt werden muß als bei sonstigen Darlehensgebern." [2]

Diese vertikale Differenzierung der Auswahlfreiheit, durch die gerade die dringendste Nachfrage der unteren kreditunwürdigeren Schichten auf wenige ungünstige Kreditangebote beschränkt wird, ist auch nicht das Resultat natürlicher Arbeitsteilung, sondern das bewußte Werk weniger Finanzgruppen, die direkt oder indirekt auf allen drei Ebenen der Kreditwürdigkeit präsent sind. So unterhält jede der drei Großbanken eigene Teilzahlungsbanken [3]. Die Deutsche Bank hat z. B. als 100 %ige Tochter die GEFA Gesellschaft für Absatzfinanzierung mbH, Wuppertal, die die drittgrößte Teil-

1) Bedingungen für Kleinkredite der Franz Hubinger AG nach Schwarzbuch des Rheinischen Sparkassen- und Giroverbandes, a.a.O Beispiel 1

2) LG München MDR 76, 399; vgl. auch LG München NJW 76, 1978

3) Vgl. dazu ausführlich Reifner/Uesseler/Weitz, Tatsachen zum Verbraucherschutz) S. 133 ff.

zahlungsbank der Bundesrepublik ist [1]. Die Diskont und Kredit AG, an 12. Stelle der Teilzahlungsbanken, ist die Tochter der Dresdener Bank, die Commerzbank hält die BTK-Düsseldorf. Neben diesen Töchtern werden weitere Teilzahlungsbanken durch hohe Beteiligungen beherrscht. So hält die Deutsche Bank 68,1 % der SKG-Saarbrücken, über ihre Mehrheitsbeteiligung beim Bankhaus Reuschel & Co. beherrscht die Dresdener Bank die WKV-Bank GmbH München (vormals WKV-Teilzahlungsbank GmbH) [2], die Commerzbank ist mit 32,5 % an der AKB-Hamburg beteiligt [3].

Auch die Kreditbanken haben dieses Geschäft ebenso wie die Sparkassen- und Girozentralen aus ihren Zweigstellen in eigene Teilzahlungsbanken verlagert. Die Bayerische Vereinsbank ist über das Bankhaus Friedr. Simon KGaA [4] an der NTB-Hamburg und über die Vereinsbank Hamburg an der WKV-Frankfurt maßgeblich beteiligt. In derselben Schachtelbeteiligung findet sich jeweils auch die Berliner Bank. Die Bank für Gemeinwirtschaft hat als 100 %ige Tochter die WTB-Köln und ist mit 50 % an der WKV-Köln beteiligt [5]. Die Norddeutsche Landesbank Girozentrale hält 78 % der NKK-Hannover [6] und ist gemeinsam mit der Wells Fargo Bank (San Francisco) Großaktionär bei der Allgemeinen Deutschen Credit-Anstalt [7]. Die mit Abstand größte Teilzahlungsbank KKB mit einer Bilanzsumme von über 2 Mrd. DM [8] und die mit 216 Zweigstellen 1972 [9] ca. ein Viertel

---

1) Zur Rangfolge vgl. TW 75, 6/12
2) Geschäftsbericht 1973 der Dresdener Bank S. 73
3) "Wer gehört zu wem?" Hrsg. Commerzbank, 10. Aufl. 1973
4) A.a.O.
5) A.a.O.
6) A.a.O.
7) FR v. 30. V. 76
8) Die nächste Teilzahlungsbank Bankhaus Centrale Credit AG hatte 1974 dagegen nur eine Bilanzsumme von 803 660 000,- DM, TW 75, 6/12
9) Geschäftsbericht der KKB für 1972

aller Zweigstellen der Teilzahlungsbanken unterhielt, ist in der Hand einer der größten Banken der Welt, der Citicorp, New York, American Midland Bank [1]. Die privaten Banken und die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute hielten 1974 47,6 % des nominellen Grund- oder Stammkapitals aller Teilzahlungsbanken insgesamt [2]. Wie aus den oben wiedergegebenen Beteiligungen deutlich wird, begnügen sie sich dabei oft mit Beteiligungen, die ihnen allein die faktische Beherrschung sichern, was insbesondere davon abhängt, inwieweit die übrigen Kapitalanteile gestreut sind. Man kann daher mit Schmidt-Wegenast [3] davon ausgehen, daß es heute "so gut wie keine Teilzahlungsbank selbst mittlerer Größenordnung mehr (gibt), die nicht in irgendeiner Form mit einer Geschäftsbank oder Sparkasse liiert ist." Noch stärker springt diese Auslagerung bestimmter Kundengruppen von den Geschäftsbanken ins Auge, wenn man berücksichtigt, daß die Teilzahlungsbanken sich 1974 zu 75,77 % bei den Geschäftsbanken refinanzierten und damit von deren Direktiven und ihrer Geschäftspolitik ohnehin vollständig abhängig sind [4]. Sieht man in der z. T aggressiven Werbung der Groß- und Geschäftsbanken einen Ausdruck von Wettbewerb, so wäre dieser Vorgang in der Tat "nicht recht verständlich" [5]. Die Vermutung aber drängt sich auf, daß dieser "Wettbewerb" nur dazu dient, die Konsumentenschichten nach ihrem Einkommen richtig auf die drei Kreditgebergruppen zu verteilen und die Nachfrage damit dem "maßgeschneiderten" Angebot jeweils zuzuordnen.

---

1) "Wer gehört zu wem?" a.a.O.
2) Scholz, Teilzahlungsbanken und übrige Kreditwirtschaft, TW 75, 3/6
3) Der Wandel in der Einstellung des Kreditwesens zum Konsumenten, in Festschrift Walter Kaminsky, 1969, S. 133
4) Scholz, a.a.O.
5) Scholz, a.a.O. TW 75, 3/3

Dieselbe Verflechtung gilt auch für die Kreditvermittler. So arbeiten einige offen mit Teilzahlungsbanken zusammen und geben diese sogar in der Werbung als Reputation an [1]. Fast jede Nummer der Zeitschrift "Teilzahlungswirtschaft" enthält Gesuche von Kreditvermittlern zur Zusammenarbeit mit Teilzahlungsbanken [2]. Daß Kreditvermittler in den Kundenkreis der Teilzahlungsbanken keineswegs einbrechen wollen, sondern diese im Gegenteil noch an dem Geschäft mit den "kreditunwürdigsten" Schichten beteiligen wollen, zeigt folgende Annonce: "Seriöses Finanzierungsbüro mit 2 Filialen sucht Kontakt mit leistungsfähigen Teilzahlungsbanken. Besonders interessant: Rentner, Hausfrauen und Ausländerkredite." [3] So werben die Banken auch schon kollektiv für ihre Konsumentenkredite [4]. Mit einer Kampagne von Großanzeigen [5] versuchten sie 1974 mit dem Slogan "Niemand braucht sich einem Kredithai auszuliefern", diejenigen Kunden auf die Banken aufmerksam zu machen, die sich trotz Kreditwürdigkeit zu privaten Geldverleihern verirrt hatten [6]. 1975 bezog sich ihre Werbung nur indirekt auf den Konsumentenkredit, als sie mit Großanzeigen fragten: "Kredite nur bei Sonnenschein?" [7] Mit seiner "Kommission für Mengen-

---

1) Z. B. die Nagler-Finanz, die sich als Repräsentanz der ATB-Bank, Koblenz, bezeichnet (FR v. 25. VI. 75) oder die BRV-Berlin, die damit wirbt, daß "11 westdeutsche Teilzahlungsbanken unsere Partner (sind)" BZ v. 25. III. 76

2) Z. B. "Finanzierungsunternehmen im Großraum Essen strebt die Übernahme oder Repräsentanz einer renommierten Teilzahlungsbank an!" TW 75 3/29

3) TW 75, 5/33

4) Die früher übliche Gemeinschaftswerbung, so behauptet H. Meyer (Die Öffentlichkeit sachlich informieren, TW 76, 3/12), soll seit 6 Jahren eingestellt sein.

5) Vgl. z. B. im Berliner "Abend" vom 31. Mai 1974

6) Vgl. dazu auch Tagesspiegel v. 19. V. 74

7) Tagesspiegel vom 9. V. 1975; das eigentliche Ziel dieser Werbekampagne bestand darin, die Schuld an der Rezession von den Banken abzuweisen. Überhaupt konzentriert sich diese Werbung auf die politische Meinungsbildung wie etwa die Großanzeige "Banken oder Bankenbehörde?", wo vor einer Bankenverstaatlichung gewarnt wird, abgedruckt in TW 76, 3/12, dazu H. Meyer, Die Öffentlichkeit sachlich informieren, in TW, a.a.O.

geschäft" hat der Bundesverband Deutscher Banken ohnehin eine ständige Kommunikations- und Koordinationsinstanz für den Konsumentenkreditabsatz geschaffen.

Da sich die Auswahlfreiheit somit tendenziell auf die entsprechende Kreditgebergruppe beschränkt, ist das Ausmaß dieser Freiheit daher auch nur durch die Differenzen der Bedingungen in diesen Gruppen zu bestimmen. Hierzu ist aber bereits ausgeführt, daß angefangen von der Zinshöhe bis zu den Abwicklungsbedingungen im Störungsfall sich bei den Kreditbanken kaum, bei den Teilzahlungsbanken nur geringfügige und bei den Kreditvermittlern deshalb keine Alternativen ergeben, weil ein Kreditvermittler je nach Bedürftigkeit und Kreditwürdigkeit des einzelnen seine Bedingungen dadurch anpaßt, daß er den Abschluß zusätzlicher Vereinbarungen über Risikoprämie, Versicherungen, Auszahlungssumme, zusätzliche Sicherheiten etc. schon im eigenen Geschäft fordert, so daß die verschiedenen Konditionen für den einzelnen keine Auswahlmöglichkeit begründen.

Im Ergebnis kann davon ausgegangen werden, daß die Vertragsfreiheit weder als Abschlußfreiheit noch als Auswahlfreiheit und damit auch nicht als Inhaltsfreiheit die Rechtswirklichkeit im Konsumentenkredit gültig beschreibt. Dies gilt insbesondere auch bezüglich des Einwendungsdurchgriffs, der beim freien Kredit schon nach der dogmatischen Konstruktion nicht gegeben wird und bei faktischer Zusammenarbeit zwischen Finanzierer und Verkäufer auch dann von der BGH-Rechtsprechung abgelehnt wird, wenn Verkäufer und Kreditgeber nicht konkret im bewußten Zusammenwirken gehandelt haben. Die Lösung des BGH, wonach selbst bei Vorliegen einer "wirtschaftlichen Einheit" sich der Kreditgeber durch drucktechnisch hervorgehobene Warnungen [1] von seiner Ver-

1) BGH NJW 67, 1025; BGH NJW 73, 452 (454)

antwortung für das Erwerbsgeschäft befreien kann, unterstellt eine Auswahlfreiheit, die faktisch nicht mehr existiert, und ist daher lebensfremd [1]. Die Vertragsfreiheit im Konsumentenkredit ist vor allem für die kreditabhängigen Unterschichten nur der rechtliche Ausdruck der einseitigen Gestaltungsmacht untereinander verflochtener und in ihrer Geschäftspolitik abgestimmter Kreditgeber. Staatliche Neutralität, die sich in der Enthaltsamkeit des Gesetzgebers bei der Gestaltung der Konsumentenkreditverhältnisse sowie in der richterlichen Akzeptierung der Vertragsurkunde als dem erschöpfenden Dokument des Vertragsinhaltes äußert, ist für diese Gruppen nichts anderes, als daß der Staat der Gestaltungsmacht der Kreditgeber zu ihrer materiellen Durchsetzung zusätzlich noch seinen Zwangsapparat vermittelt über Gerichte und Gerichtsvollzieher zur Verfügung stellt. Von der Fiktion der Vertragsfreiheit, die sich durch das tatsächliche Vorverständnis des BGH nicht realistischer machen läßt, ist mit einer gesetzlichen Regelung und sozialen Interpretation die Herstellung zumindest einer weiteren Alternative für die Verbraucher neben dem Formularrecht der Kreditgeber sozialstaatlich geboten [2].

---

1) Ebenso OLG Stuttgart, Urteil vom 8. III. 1976 - 6 U 116/75 - nicht rechtskräftig

2) Die Verbraucheraufklärung des BGH ist selbst in den Bereichen, wo Verbraucher zwischen verschiedenen in gleicher Weise erschwinglichen Produkten zu wählen haben, kaum wirksam. Julander (Evaluation Of Consumer Information, in Proceedings Of The Second Workshop Of Consumer Action Research), stellt zunächst fest, daß seines Wissens "niemals versucht worden ist, diese Effekte (der Verbraucheraufklärung, U. R.) nachzuweisen." Nach schwedischen Erfahrungen "scheinen sehr wenige Käufer die Ergebnisse von vergleichenden Warentests zu beachten und es scheint so, daß diejenigen, die die Informationen benutzen, Konsumenten mit hohem Bildungsstand, hohem Einkommen etc. sind, für die gerade die geringste Notwendigkeit der Information besteht." (a.a.O S. 2, Übersetzung von U.R.).

(2) Das Vorverständnis zum Verhältnis von Handel und Banken - die sog. "wirtschaftliche Einheit"

Das finanzierte Abzahlungsgeschäft hätte nicht solches Inter in der Zivilrechtslehre erweckt, wenn nicht doch die Differ zwischen wirtschaftlicher und juristischer Anschauung der Wirklichkeit so deutlich zutage getreten wäre, daß es zu ei Modifikation der juristischen Anschauung durch die Rechtspr chung gekommen ist.

Wenn auch die Konsequenz aus dieser Hinwendung zur wirt- schaftlichen Betrachtungsweise in der Zivilrechtsinterpretati inzwischen zu einer Aufklärungspflicht der Kreditgeber redu ziert wurde, so bleibt doch zu fragen, ob das wirtschaftlich Vorverständnis vom Zusammenhang von Kredit und Konsum der BGH-Rechtsprechung, das inzwischen in einem auslegun fähigen Rechtsbegriff der "wirtschaftlichen Einheit" geronne ist, die Grundlage für einen Einwendungsdurchgriff abgeben kann.

Immerhin bedeutet die Anerkennung einer wirtschaftlichen E heit bei rechtlicher Trennung einen Schritt in die hier gefor derte Richtung einer sozialen Zivilrechtsinterpretation, da juristische Form hier im Ansatz vom wirtschaftlichen Inhal der Interaktion her verstanden wird.

Die wirtschaftliche Argumentation in Rechtsprechung und Le macht sich dabei am Begriff der "wirtschaftlichen Einheit" der "Einheitlichkeit der wirtschaftlichen Situation" [2], dem "einheitlichen Lebensvorgang" [3] oder dem "wirtschaftlich einheitlichen geschäftlichen Vorgang" [4] beim finanzierten A zahlungsgeschäft fest. Dazu heißt es beim BGH [5]: "Dieser

1) BGH NJW 67, 1029
2) BGHZ 3, 257 (259)
3) BGHZ 22, 90 (93)
4) BGHZ 37, 94 (99)
5) NJW 67, 1029

schäftliche Vorgang ist (vom Käufer gesehen) die Anschaffung von Ware gegen Teilzahlung, den § 1 AbzG noch unter dem Gesichtspunkt des einheitlichen Vertrages behandeln konnte, der aber heute vielfach in zwei rechtlich getrennte Verträge 'aufgespalten' wird, wobei beide Verträge, mag an dem einen Geschäft auch ein Dritter beteiligt sein, sich 'zu einer Einheit ergänzen', also geschlossen werden, um den wirtschaftlich einheitlichen geschäftlichen Vorgang, eben den Abzahlungskauf, zu bewältigen. Hierbei wird die früher übliche Teilzahlungsabrede im Kaufvertrag durch einen selbständigen Finanzierungsvertrag ersetzt, und es treten damit dem Käufer - statt eines Verkäufers, der ihm zugleich Teilzahlungen für den Kaufpreis bewilligt - zwei Vertragspartner, der Verkäufer und das Finanzierungsinstitut, gegenüber, deren jeder einen Teil der Gesamtfunktion des Abzahlungsverkäufers übernimmt, die früher in einer Hand lag, und die untereinander enger verbunden sind als jeder von ihnen mit dem Käufer, der in der Regel nur ein Einzelgeschäft durchführt." Von einer wirtschaftlichen Einheit könne man sprechen, "wenn die Verträge eine Einheit seien und der Käufer infolge der Verträge wirtschaftlich in die gleiche Lage komme wie ein gewöhnlicher Abzahlungskäufer." [1] und die Verkäufer "durch ihre Tätigkeit auch deren (der Kreditgeber, U.R.) wirtschaftliche Interessen zugleich mit wahrgenommen haben." [2] Diese scheinbar objektive Bestimmung der Grundlagen eines Einwendungsdurchgriffs [3] wird jedoch letztlich nur als objektive Grundlage einer subjektiven Einschätzung des Kreditnehmers rechtlich relevant [4]. Entscheidend sei, die "enge wirtschaftliche Verknüpfung von Kauf- und Darlehensgeschäft" ließe den Käufer "regelmäßig der Ansicht sein (Her-

1) BGH NJW 56, 597
2) BGH NJW 56, 706
3) Hierzu gehört noch die Bedingung, daß der Konsumentenkreditnehmer seine Ansprüche gegen den Verkäufer nicht mehr durchsetzen kann (BGH NJW 73, 452)
4) Weick, Bewertung typischer Geschäftsformen oder Schutz in Härtefällen, JZ 74, 15 spricht von einer "objektivierten Subjektivität"

vorhebung U. R.), er gehe mit einem solchen Geschäft kein größeres Risiko ein als ein Abzahlungskäufer" [1]. Der "innere Grund" der verbraucherschützenden Rechtsprechung liege darin, "daß Verkäufer und Finanzierungsinstitut dem Käufer als wirtschaftliche Einheit erscheinen" (Hervorhebung von U. R.) [2]. Mit dieser erst in letzter Konsequenz ab 1973 [3] durchgeführten Subjektivierung, stellt der BGH die wirtschaftliche Einheit als solche in Frage. Daraus ließe sich die Konsequenz ziehen, der BGH sei im Grunde der Meinung, daß es nur die Erscheinung einer wirtschaftlichen Einheit und nicht eine tatsächliche funktionale wirtschaftliche Einheit gebe. Diese Konsequenz ist explizit noch nicht gezogen worden.

Der Grund für diese Verwirrung in der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist das Bemühen, den Widerspruch zwischen der Sicht der Kreditgeber und Verbraucher über den Konsumentenkredit, der nur der Ausdruck ihrer gegensätzlichen Interessen ist, aufzulösen. Die Einheitstheorie hatte sich noch konsequent auf den Standpunkt des Verbrauchers gestellt und das finanzierte Abzahlungsgeschäft aus seiner Sicht beurteilt. "Ihm (dem Verbraucher, U. R.) kommt es darauf an, den gewünschten Gegenstand zu erhalten und auf Raten abbezahlen zu können. Auf welchem Wege das geschieht, ist ihm gleichgültig." [4] oder "Wirtschaftlich blieb danach dem Beklagten als Käufer die auf die Finanzierungsgesellschaft übergehende Forderung eine solche aus dem Kaufvertrage." [5] "Der Käufer sieht sich als Abzahlungskäufer an, ihm ist im Grunde gleichgültig, ob er den Kredit von dem Verkäufer oder dem Finanzierungsinstitut erhält ..." [6] Der BGH

1) BGH NJW 67, 1023
2) BGH NJW 67, 1029
3) BGH NJW 73, 452; 73, 611; dazu Weick, a.a.O.
4) LG Siegen MDR 56, 292
5) LG Braunschweig MDR 53, 744
6) AG Hamburg MDR 51, 676

konnte an dieser Ansicht nicht ganz vorübergehen. In seiner Entscheidung von 1951 [1] begibt er sich teilweise auch in die Position des Kreditnehmers, wenn er ausführt: "Bei dem verabredeten Zusammenwirken trat für den Käufer eine entsprechende wirtschaftliche Situation wie bei einem echten Abzahlungsvertrag ein." In der oben zitierten Entscheidung von 1967 [2] wird diese Sicht no ch einmal aufgenommen, wenn davon gesprochen wird, wie dem Käufer Finanzierungsinstitut und Verkäufer, "deren jeder einen Teil der Gesamtfunktion des Abzahlungskäufers übernimmt", dem Käufer gegenübertreten.

Der Bundesgerichtshof hat jedoch mit dem Bekenntnis zur Trennungstheorie bereits die Frage entschieden, von welchem Standpunkt aus er die wirtschaftlichen Gegebenheiten betrachten will, da nur vom Standpunkt der Kreditgeber aus das Kreditgeschäft aus sich selbst heraus als Geschäft zur Erzielung von Gewinn verständlich ist. Zwar kann der BGH nicht umhin, die Einheit des Geschäftes für den Verbraucher zu erwähnen. Diese Einheit hält er jedoch schon in den Entscheidungen Anfang der fünfziger Jahre nur dann für relevant, wenn auch Kreditgebern und Handel eine entsprechende Interessenseinheit im konkreten Geschäft nachgewiesen werden kann. Eine solche Interesseneinheit in der konkreten Verbindung eines Finanzierungsinstituts ergibt sich, verzichtet man auf die Betrachtung des gesellschaftlichenZusammenhangs von Kredit und Warenangebot, heute aber nur noch dann, wenn der Kreditgeber an eine Verkaufsagentur gebunden wird, um dieser einen Vorteil im Absatz vor den Konkurrenten zu gewähren oder umgekehrt, wenn die Zusammenarbeit konkret notwendig ist, um dem Finanzierungsinstitut Kunden zuzuführen. Nur aus

---

1) BGH NJW 52, 142
2) BGH NJW 67, 1029

diesen für die Gewährung von Konsumentenkredit letztlich n
bensächlichen Interessen ist es verständlich, daß der BGH
auf eine "ständige Geschäftsverbindung" zwischen Händler u
Bank abstellen konnte, dieses Merkmal dann auf eine "auf
Dauer angelegte (Hervorhebung U. R.) Geschäftsverbindung"
reduzieren und schließlich ganz aufgeben mußte [3], da die
wirtschaftliche Entwicklung hierüber hinweggegangen war.
Ebenso oberflächlich ist die Anknüpfung an Bestimmungen in
den Vertragsformularen, die auf einen Zusammenhang hinwe
sen [4], oder daran, daß in den Räumen des Händlers Vertr
ter des Finanzierungsinstitutes als "Vertrauenspersonen" de
Händlers auftreten [5]. Auch die zu Beginn des Konsumenten
kredits bis nach dem 2. Weltkrieg gewichtigen Sicherungsin
teressen, die zur Ausfallbürgschaft des Händlers gegenüber
der Bank führten, sind von der wirtschaftlichen Entwicklung
des Personalkredits überholt worden, bei dem das Einkom-
men des Verbrauchers, seiner Ehefrau oder eines Bürgen
ausreichende Sicherheit bietet. Heute bieten alle Teilzahlun
banken, selbst wo sie in unmittelbar räumlichem Zusammen
hang zu Kaufhäusern stehen wie z. B. die Zweigstellen der
WKV-Nürnberg in den Hertie-Kaufhäusern, gleichberechtigt
nebeneinander gebundene und ungebundene Kredite an. Soga
die 100 %ige Tochter der Schickedanz International Holding
GmbH (Quelle) bietet den "Sorglos-Barkredit" "für alle son
stigen Wünsche" zu denselben Konditionen neben ihrem "Sor
los-Teilzahlungskredit für alle Einkäufe bei Quelle" an [6].
Ebenso kann man bei der ABC-Bank Berlin, eine der letzte
Teilzahlungsbanken, deren Kapital von Händlern gehalten

---

1) NJW 56, 706
2) BGH NJW 61, 165
3) BGH NJW 67, 1036; 71, 289
4) BGH NJW 52, 142
5) BGH NJW 61, 165
6) Quelle-Katalog 1976 S. 846

wird [1], "Bargeld für Urlaub und jeden erdenklichen Zweck" [2] erhalten.

Hatte man noch 1951 versucht, der Entrechtung der Verbraucher durch den Übergang der Wirtschaft vom einfachen zum finanzierten Abzahlungskauf mit dem Begriff der "wirtschaftlichen Einheit" entgegenzutreten, so zeigt sich, daß der Übergang vom finanzierten Abzahlungsgeschäft zum Privatdarlehen diese Versuche wieder zunichte gemacht hat. Nach allen bisher vorgeschlagenen Konstruktionen würde für diese wichtigste Form des ratenweise rückzahlbaren Konsumentenkredits regelmäßig kein Einwendungsdurchgriff gegeben sein.

Auch die übrigen in Rechtsprechung und Schrifttum geforderten Merkmalen der wirtschaftlichen Einheit stehen zur Disposition der Kreditgeber. Ein Rahmenvertrag zwischen Händler und Kreditgeber wird heute meist nicht mehr geschlossen oder ist zumindest nicht nachweisbar. Wo auf die formularmäßige Einheit von Kauf- und Darlehensantrag abgestellt wurde, reagierten die Kreditgeber mit getrennten Formularblättern. Als die Vertretung des Kreditgebers durch den Verkäufer beim Kreditabschluß berücksichtigt wurde, schickten die Händler den Kunden in das Kreditbüro im gleichen Haus oder auf der anderen Straßenseite. Wo schon die Duldung von Kreditvermittlern im Geschäftslokal des Verkäufers als ausreichendes Indiz der Zusammenarbeit genommen wird [3], wird in Zukunft der Verkäufer diesem einen besonderen Raum vermieten oder von seiner Anwesenheit "nichts wissen". Seitdem

---

1) 467 Gesellschafter, wobei im Aufsichtsrat die Handelsgeschäfte Boeldicke, Möbel Glenz, Arno-Leuchten KG, Günther, Möbel Rassow und Schuhhaus Leiser vertreten sind; ebenso die ABC-Köln, die der Handelskonzern Wilh. Werhahn OHG, Neuß, zu 70 % hält.

2) Werbekarte der ABC Kredit-Gesellschaft aus 1974

3) OLG Stuttgart, Urt. v. 8. III. 76 - 6 U 116/75 - S. 16; vgl. BGH NJW 61, 165

der Bundesgerichtshof eine Aufklärung des Verbrauchers übe
seine Rechtlosigkeit durch den Kreditgeber fordert, sind all
entsprechenden Formulare mit drucktechnisch hervorgehobe-
nen deutlichen Warnungen ausgestaltet, die, wie gezeigt, die
Kundenentscheidung ohnehin nicht beeinflussen können. Auch
eine unwiderrufliche Anweisung der Darlehensvaluta [1] an
den Verkäufer ist für die Kreditgeber unnötig geworden, da
ohnehin größere Kredite erst nach dem (bedingten) Abschluß
des Kaufvertrages gewährt werden und der Kunde die Darle
hensvaluta von seinem Girokonto an den Verkäufer überweis
In Berlin sieht nur noch die Sparkasse die Möglichkeit eine
solchen Zweckbindung in ihren Formularen vor. Da alle Ko
struktionen eine konkrete Bezugnahme des Darlehensgebers
auf das Erwerbsgeschäft fordern, gehen sie am wirtschaftli
chen Funktionswandel im Konsumentenkredit vorbei. Für die
Kreditgeber ist heute der Konsumentenkredit ebenso wie das
übrige Kreditgeschäft vom reinen Geldverwertungsinteresse
bestimmt und nicht mehr von dem Gedanken der Verkaufs-
förderung für einzelne Geschäftsbetriebe. Konkrete Beziehu
gen zum Handel verblassen in der Erscheinungsform in dem
Maße, wie der Personalkredit ausreichende Sicherheit bietet.

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise des BGH erweist sich
somit im Ergebnis als ebenso formal wie die dogmatische
Anknüpfung an dem geäußerten Willen der Kreditgeber. Stat
die Worte der Kreditgeber auszulegen, werden ihre Hand-
lungsformen als Anknüpfungspunkte für Rechtsfolgen aus Tr
und Glauben gewählt. Nicht der Sinn des wirtschaftlichen Z
sammenhangs von Konsum und Kredit, der an der Oberfläch
der Handlungsformen immer wieder durchschimmert, ist G
genstand der Betrachtung, sondern die Erscheinung des wir
schaftlichen Zusammenhangs in Absprachen, Formulargesta

---

1) Gernhuber, Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund, a.a.O. S. 474

tungen, Formen partieller Zusammenarbeit, Vermittlung etc. wird selbst zur rechtlich relevanten wirtschaftlichen Einheit erklärt. Daher genügt es den Kreditgebern, die Erscheinungsform zu wechseln, um dem Einwendungsdurchgriff so lange zu entgehen, bis die Rechtsprechung in ihrem Lauf hinter der gezielten Gestaltung der Wirtschaft auch diese Erscheinung mit dem Einwendungsdurchgriff belegt hat, damit schon wenige Tage nach der Urteilsverkündung die erneute Umstellung erfolgen kann. Der Fortschritt einer solchen pseudo-wirtschaftlichen Betrachtung gegenüber der herkömmlichen Willenstheorie besteht allein darin, daß statt des berühmten Federstrichs, mit dem früher durch Änderung der Formulare der Verbraucherschutz der Gerichte und z. T. auch des Gesetzgebers zur Makulatur wurde, heute hierfür ein Austausch der Verhaltensformen genügt, wobei oft eine zeitliche Umgruppierung oder geringe lokale Veränderungen ausreichen. Die Entwicklung vom finanzierten Abzahlungsgeschäft zum Privatdarlehen bleibt vollends außerhalb des engen Rechtshorizontes.

Die, nach den Worten von Medicus [1] "im Schuldverhältnis angelegte Isolation auf G und S, die Abkapselung gegenüber dem 'Rest der Welt'", die dazu führt, daß die "sozialen Bindungen ..., die über den rechtlichen Mikrokosmos des Schuldverhältnisses hinausreichen" [2] ignoriert werden, wird durch diese Art wirtschaftlicher Betrachtungsweise des BGH jedenfalls noch nicht überwunden. Das einzige dogmatische Verdienst dieser Rechtsprechung besteht darin, daß wirtschaftliche Symptome überhaupt rechtlich zur Kenntnis genommen worden sind und mit dem Bekenntnis zur wirtschaftlichen Betrachtung die Richtung zu einer sinnverstehenden sozialen Auslegung angezeigt und bestätigt

---

1) Durchblick: Drittbeziehungen im Schuldverhältnis, JuS 74, S. 613
2) A. a. O.

wurde [1].

Der Vorschlag der EG-Kommission für Richtlinien über den Verbraucherkredit vom Mai 1976 gibt Anlaß, noch auf ein Vorverständnis zur wirtschaftlichen Einheit im finanzierten Abzahlungsgeschäft einzugehen, das in den Entscheidungen des Reichsgerichts zu finden war und von dem formalen Wirtschaftsverständnis des Bundesgerichtshofs lediglich überdeckt worden ist [2].

Das Reichsgericht hatte einen Einwendungsdurchgriff nur dann angenommen, wenn neben einem formalen Zusammenhang der Verträge eine wirtschaftliche Identität zwischen Händler und Finanzierungsinstitut bestand, d. h., wenn sich der Händler gleichsam zur Umgehung des Abzahlungsgesetzes des Finanzierers nur als "Strohmann" bedienen würde [3]. Der Entwurf für EG-Richtlinien greift dieses Merkmal der personellen Identität in Art. 3, 14 wieder auf. Zwar soll weiterhin der formale Zusammenhang zwischen Darlehens- und Erwerbsgeschäft i. S. eines finanzierten Abzahlungsgeschäftes entscheidend [4] sein, jedoch stellt der Entwurf eine Vermutung für einen solchen Zusammenhang in den Fällen auf, in denen der "eine von ihnen, unmittelbar oder mittelbar a) die Aktienmehrheit des Kapitals des anderen besitzt, oder b) mehr als die Hälfte der Stimmen des ausgegebenen Aktienkapitals des anderen kontrollieren kann, oder mehr als die Hälfte der Geschäftsführung ... ernennen kann."

---

1) Anders noch in der Aufwertungsrechtsprechung, wo wirtschaftliche Betrachtungsweise als ethische Wertungen verpackt war.
2) Nach Hoerter, Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 203 , soll allerdings diese RG-Rechtsprechung noch heute h. M. sein.
3) RGZ 128, 251 (254)
4) "Ein "verbundener Kredit" ist derjenige Kredit, der den Kreditgeber aufgrund vorangegangener Absprachen mit dem Lieferer der Sachen oder Leistungen, zum beiderseitigen Vorteil in geschäftlichen Angelegenheiten zusammenzuarbeiten, an den Verbraucher gewährt." (Art. 2 Abs. 5)

Diese Lösung hat den Vorteil, daß sie inhaltliche Kriterien für einen wirtschaftlich relevanten Zusammenhang angibt. Sie ist aber schon deshalb illusorisch, weil sie dem Richter oder gar dem Verbraucher zumutet, die komplizierten Verflechtungen zwischen Handel und Banken in Schachtelbeteiligungen, Beherrschungsverträgen, Gewinnabführungsverträgen und abgestimmter Personalpolitik zu erkennen und außerdem noch den Kreditgebern die Möglichkeit gibt, den Beweis zu führen, daß (wie tatsächlich in der überwiegenden Zahl der Fälle) kein Rahmenvertrag besteht. Schließlich ist das Vorverständnis dieses Entwurfs, daß erst eine Mehrheit am Aktienkapital eine Beherrschung eines anderen Unternehmens erlaubt, ein Rückfall hinter gesicherte wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse, die im 3. Buch des Aktiengesetzes über "verbundene Unternehmen" ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden haben.

Schon der Ansatzpunkt ist jedoch falsch gewählt. Von der isolierten juristischen Anschauung her, wonach nur die vertragschließende Rechtsperson haftbar zu machen ist, wird versucht, den juristischen Personenbegriff durch einen wirtschaftlichen Personenbegriff zu erweitern. Demgegenüber wird der Zusammenhang bestimmter funktioneller Abläufe im Wirtschaftskreislauf nicht durch den Zusammenhang der agierenden Subjekte, sondern durch die sozialen aufeinander bezogenen Funktionen der Abläufe selber hergestellt. Die personelle Identität und Abhängigkeit ist selber nur die Wirkung dieses Zusammenhangs sowie der Konzentrationsbestrebungen in der Wirtschaft, bei denen es im Interesse der Gewinnerzielung erstrebenswert ist, daß ein Kapital in allen Sektoren vertreten ist.

So würde dem Bild einer personellen wirtschaftlichen Identität des Reichsgerichts und des EG-Entwurfs nur die Noris-Bank der Schickedanz International Holding sowie die ABC-Teilzah-

lungsbank Köln der Wilhelm Werhahn OHG entsprechen, di
noch eine der wenigen im Besitz des Handels befindlichen
Teilzahlungsbanken ist, während im übrigen kein einzelner
Händler mehr eine Teilzahlungsbank mehrheitlich beherrsc
Obwohl die Großbanken heute bereits die großen Handelskon
ne und einige Handelsketten beherrschen [2], würden ihre H
dite nach diesem Verständnis nicht zu verbundenen Kredite
weil sie einmal sich das Aktienkapital jeweils bei verschie
nen Handelskonzernen teilen und weil sie ihr Kreditgeschäf
schon deshalb nicht mit einem konkreten Handelskonzern al
abwickeln können. Vielmehr wissen sie aus ihren Statistike
genau, wie das Kreditgeschäft und die Geschäfte des Hande
insgesamt zum gegenseitigen Vorteil zusammenhängen. Ein
griffe in dieses auf der unteren Ebene der Filialen und abh
gigen Teilzahlungsbanken geführten Geschäftes werden nur
durch globale Steuerung vorgenommen wie etwa Standortpla
nung, Werbung und Preispolitik.

4. Ergebnis der Kritik bisheriger Lösungen

Aus der Kritik der Rechtsprechung und Lehre ergeben sich
folgende Elemente für eine Lösung der Problematik des Ei
wendungsdurchgriffs im Konsumentenkredit:

a) Aus den Vertragsformularen sowie den Handlungsformen
läßt sich kein objektives Bild des Zusammenhangs von
Darlehens- und Erwerbsgeschäft entnehmen, da im Kon
sumentenkredit keine nennenswerte Vertragsfreiheit auf
Seiten der Kreditnehmer mehr besteht, so daß allein di
Kreditgeber die rechtlichen und tatsächlichen Formen be
stimmen.

---

1) Die ABC-Berlin hat 467 Gesellschafter aus dem Handel
2) Dazu im einzelnen Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 140 ff.

b) Die Vertragsinterpretation muß durch eine "wirtschaftliche Betrachtungsweise" erweitert werden, bei der die formalen Zusammenhänge von Kredit- und Erwerbsgeschäft im konkreten Fall nur als Symptome eines grundsätzlicheren Zusammenhangs angesehen werden können. Das gleiche gilt für das Merkmal personell-wirtschaftlicher Identität von Kreditgeber und Handel.

c) Eine Lösung zum Einwendungsdurchgriff muß sich aus einer Interpretation der Vertragspflichten im Kreditverhältnis ergeben, wobei die dogmatische Isolation des Leistungsverhältnisses auf Gläubiger und Schuldner aufgehoben werden muß.

d) Neben der bisher absolut dominierenden Anschauung des Kreditverhältnisses aus der Sicht der an der isolierten Geldverwertung interessierten Kreditgeber hat die Sicht der Verbraucher über den Zusammenhang von Konsum und Kredit zivilrechtlich Berücksichtigung zu finden.

e) Die Lösung muß allgemein für den ratenweisen Konsumentenkredit gelten. Sie kann nicht auf bestimmte Rechtsformen beschränkt werden, da die konkrete Zusammenarbeit nicht als Ursache, sondern nur als Wirkung der "wirtschaftlichen Einheit" von Kredit- und Erwerbsgeschäft anzusehen ist.

f) Die Lösung ist im Synallagma der Leistungspflichten im Kreditverhältnis zu suchen. Sie kann nicht über wohlfahrtsstaatliche Generalklauseln von außen an das Vertragsgefüge herangetragen werden, da sie dem in seiner Isolierung ungleichen Tausch zwischen Kreditgeber und Verbraucher sonst das formale Etikett der Gleichheit bei ihrer Durchsetzung in der BGB-Dogmatik belassen würde, während die Belange des Verbrauchers nur als Ausnah-

men beliebig einschränkbar von Fall zu Fall berücksichtigt würden.

III. Einwendungsdurchgriff durch soziale Interpretation der Leistungspflicht des Kreditgebers

In der Einheit von Kreditgeber und Warenveräußerer und der ihr entsprechenden Rechtsform des Stundungskredites (insbesondere dem einfachen Abzahlungsgeschäft) ist die soziale Funktion des Konsumentenkredits als besondere den Prozessen zunehmender Vergesellschaftung angepaßten Form des Konsumgütererwerbs noch adäquat zum Ausdruck gebracht. Der Konsumzweck ist integraler Bestandteil des Kreditverhältnisses, so daß ein "Einwendungsdurchgriff" der logische Ausdruck dieses Rechtsverhältnisses ist.

Die durch zunehmende Prozesse der Arbeitsteilung zwischen Konsumgüterproduktion, Konsumgüterverteilung und Organisation der Kaufkraft entstandene Differenzierung ist dagegen von der juristischen Form her unbewältigt. Obwohl sich an dem zugrunde liegenden sozio-ökonomischen Verhältnis wesensmäßig nichts geändert hat, erscheinen nun zwei rechtlich voneinander isolierte Individualverhältnisse, in denen der Verbraucher seine Interessen aufgespalten findet als selbständiges Gelderwerbsinteresse und als Konsuminteresse. Aufgrund seiner eingeschränkten Vertragsfreiheit ist er auch nicht in der Lage, das kraft Willenserklärung wieder zusammenzufügen, was sich logisch nicht trennen läßt: nämlich den Kredit als Teil seines Konsums.

Der Weg geht dabei nicht über die Verklammerung zweier rechtlich selbständiger Verhältnisse, weil dies eine Verklammerung von Rechtspersonen bedeuten würde, denen man damit bei der Vertragsabwicklung ihre in der Begründung des Vertragsverhältnisses zugestandene Eigenständigkeit wieder

nehmen müßte. Die Gesellschaftlichkeit der zugrunde liegenden Zielsetzungen ist auch nicht im Erwerbsgeschäft mißachtet. Dieses Geschäft, in dem der Verbraucher Konsum gegen Geld eintauscht, ist logisch selbständig konstruierbar, wie insbesondere der Barkauf deutlich macht.

Unselbständig ist dagegen das Kreditverhältnis, da hier der formale Leistungszweck des Kreditnehmers ein um die notwendige soziale Konsumfunktion verkürzter Vertragsinhalt ist. Die Lösung des Einwendungsdurchgriffs hat daher durch Auslegung des Darlehensvertrages zu erfolgen. Dessen Leistung ist, wie bereits das OLG Hamburg [1] noch in den Vorstellungen individualisierter Verträge befangen, festgestellt hat, "nicht abstrakt, sondern erhält ihr besonderes Gepräge durch den damit gekoppelten Vertrag ...".

Es geht um die soziale Auslegung des vertraglichen Synallagmas beim Darlehen. Diese Auslegung setzt zunächst Klarheit über die formale Struktur des Darlehens voraus, die durch die unglückliche Formulierung des § 607 BGB als Realvertrag ("wer Geld ... empfangen hat, ist verpflichtet") erst in letzter Zeit mit der Logik des Vertragsrechts und seinen Grundlagen verbunden wurde. Die folgenden Überlegungen können dies nur sehr kursorisch klären, da diese Arbeit als Voraussetzung der hier im Mittelpunkt stehenden sozialen Auslegung eine eigene Abhandlung rechtfertigen würde.

1. Die formale Struktur des Darlehens

Das entgeltliche Darlehen ist mit der wohl inzwischen herrschenden Lehre als gegenseitig verpflichtender Konsensual-

---

1) NJW 58, 1781

vertrag anzusehen. [1] Die Lehre vom Realvertrag fügt sich zum einen nicht in die Voraussetzungen des allgemeinen Schuldrechts ein, zum anderen ist sie gezwungen, § 610 BGB mit der Konstruktion eines Vorvertrages zu erklären, durch den dieselben Ergebnisse wie in der Lehre vom Konsensualvertrag erreicht werden [2]. Auf das Darlehen sind daher auch die §§ 320 ff. BGB anzuwenden.

Ebensowenig, wie der mißglückte Wortlaut des § 607 BGB die Rechtsnatur des Darlehens klären konnte, ebensowenig ergibt sich aus den darin angesprochenen Handlungsbestandteilen des Darlehens aber auch eine Klärung der synallagmatischen Leistungsverpflichtungen.

Während § 607 BGB wohl unter dem Eindruck von unentgeltlichen und unbefristeten Gefälligkeitsdarlehen (vgl. § 609 BGB) die Darlehenshingabe als das wesentliche Moment des Kredits angesehen hat, macht die wirtschaftliche Entwicklung deutlich, daß im Vordergrund der Leistung des Kreditgebers die zeitliche Bereitstellung einer Kaufkraft, die "gemietete Kaufkraft" [3] steht. Gerade für diesen Zeitfaktor entrichtet der Darlehensnehmer den Zins, wobei der Eigentumsübergang des Geldes nur die technische Voraussetzung für die Verfügbarkeit der Kaufkraft ist. Mit dem Giralgeld ist selbst diese Voraussetzung obsolet geworden, da diese Verfügbarkeit auch ohne Eigentumsübergang hergestellt werden kann [4].

---

1) Staudinger-Riedel, BGB, Vorbem. 2 zu § 607; Larenz, Schuldrecht Bd. II, 10. Aufl., § 51 I, S. 197; Esser, Schuldrecht Bd. 2, 4. Aufl. § 86 I 2, S. 209; Esser-Weyers, Schuldrecht Bd. II, Teilband 1, S. 219; Erman-Schopp, BGB, Vor § 607 Rdn. 1 (zumindest für den Bankkredit); Palandt-Putzo, BGB Einführung vor § 607 Anm. 1 b. Fikentscher (Schuldrecht, 5. Aufl. § 77 I 3 a, S. 452 f.) sieht in Real- und Konsensualvertrag keinen Widerspruch, da im realen Moment der Darlehenshingabe das Willenselement als entscheidend enthalten sei vergleichbar wohl dem Handkauf. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit könne ein Darlehen aber auch ohne dieses reale Moment durch Konsensualvertrag begründet werden. Zur älteren Lehre vgl. Staudinger-Riedel, a.a.O.

2)-4) siehe S. 296

Die herrschende Meinung [1] sieht daher im Anschluß an eine Entscheidung des Reichsgerichts [2] die Hauptpflicht des Darlehensgebers in der Überlassung des Kapitals und in der "Kapitalnutzung in ihrer zeitlichen Begrenzung" [3] bzw. im Aufschub des Rückforderungsanspruchs [4]. Die Gegenleistung besteht demgegenüber allein in der Zinszahlung, so daß die Rückzahlung des Kapitals keine Erfüllungspflicht beinhaltet [5]. Diese ohne Diskussion vom Reichsgericht übernommene Differenzierung kann jedoch nicht überzeugen.

Die Leistungspflicht des Darlehensgebers mit ihren beiden Teilen, der Überlassung und Belassung der Darlehensvaluta, hat ihre logische Entsprechung in wiederum zwei Teilen der Leistungspflicht des Darlehensnehmers, nämlich der Rückzahlung des Kapitals und der Zahlung der Zinsen. Diese beiden Pflichten lassen sich in der Ratenrückzahlung auch technisch nicht voneinander trennen, weil einheitliche Geldbeträge geschuldet werden. Dies hat die Rechtsprechung auch dazu veranlaßt, auf dem Umweg über eine entsprechende still-

---

2) von S. 295:
Palandt-Putzo, BGB, Einführung vor § 607 Anm. 1 b
3) Esser-Weyers, Schuldrecht Bd. 2, Teilband 1, S. 219
4) Vgl. Esser-Weyers, a.a.O., der die Darlehensschuld daher auch als "Wertschuld" bezeichnet.

1) Erman-Schopp, BGB, § 607 Rdn. 19; Staudinger-Riedel, BGB, § 607 Rdn. 33; Palandt-Thomas, BGB, 35. Aufl. § 817 Anm. 3 c bb; BGH WM 56, 459; Esser, a.a.O.; Larenz, a.a.O. S. 191 f.; a. A. nur OLG Frankfurt NJW 47/48, 144; m. abl. Anm. Kamender NJW 47/48, 425; LG Göttingen MDR 1951, 161 m. abl. Anm. v. Caemmerer. Beide Urteile machen jedoch für Darlehen für Schwarzmarktgeschäfte eine Ausnahme.
2) RGZ 161, 52 (56 f.)
3) RGZ 161, 52 (56 f.)
4) Larenz, Schuldrecht Bd. II, 10. Aufl., S. 191; vgl. auch Palandt-Putzo, BGB, Einf. vor § 607 Anm. 1 b
5) Esser, Schuldrecht Bd. 2, 4. Aufl., S. 212: "die Ansprüche auf Gewährung und Rückzahlung des Darlehens (stehen) nicht im Synallagma"; Palandt-Putzo, BGB, 35. Aufl. § 607 Anm. 3; RGZ 161, 52 (56)

schweigende Vereinbarung anzunehmen, daß in jeder Rate Zi sen und Rückzahlung als in gleicher Proportion vertreten an zusehen sind [1].

Das Reichsgericht [2] hatte seine Auffassung allzu sehr auf di Ausnahmevorschrift des § 817 S. 2 BGB ausgerichtet. Dabei wollte es vor allem verhindern, daß der Bewucherte durch § 817 S. 2 BGB über die Zinslosigkeit des Wucherkapitals hinaus "einen weiteren, in nichts begründeten Vermögensvor teil erlangen (würde)" [3].

Diese rechtspolitische Intention läßt sich jedoch mit den Zie setzungen des § 817 S. 2 BGB nicht vereinbaren. Bei dem Rückforderungsausschluß des § 817 S. 2 BGB erhält der Empfänger immer eine i. S. des Tauschdenkens durch "nichts" gerechtfertigte Leistung, da § 817 S. 2 BGB eine Vorschrift mit Strafcharakter ist [4] und den staatlichen Durchsetzungsapparat für bewußt sittenwidrige Leistungen nicht bereitstellen will [5]. Die Rechtsprechung und Lehre ha mit ihrer Interpretation nur ein rechtspolitisch wünschens- wertes Mittel zur Bekämpfung gesetz- und sittenwidriger Praktiken abgeschafft, das im Hinblick auf die Problematik der zunehmenden Wuchergeschäfte der "Kredithaie" dringend notwendig wäre. Im Sinne einer über das Ziel des Parteien- ausgleichs hinausgehenden Zielsetzung des Privatrechts zur auch präventiven Minderung sozialer Kosten [6] und zur Her- stellung einer gerechten Ordnung [7] sollte § 817 S. 2 BGB

---

1) OLG Köln, Urt. v. 3. 12. 76; OLG Hamm, Urt. v. 11. 11. 77 - 2 U 3384/75 - u. a. nach Hannes, Der Konsumentenkre- dit ..., TW 78, 2/20
2) RGZ 161, 52 (56 f.)
3) RGZ 161, 52 (56)
4) So auch RG, a.a.O. S. 57
5) LG Göttingen MDR 1951, 161
6) Vgl. Horn, Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts, AcP 176 (1976), S. 307 (308)
7) Schmidt-Salzer, Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, NJW 70, 8 ff.

kein Argument dafür geben, die Kapitalrückzahlung aus dem Leistungssynallagma auszuschließen.

Die vom Reichsgericht untersuchte Alternative, nämlich "die Darlehenssumme auf der einen Seite und ein gleicher Geldbetrag, vermehrt durch die Vergütung auf der anderen." [1], ist nicht der eigentliche Gegenpart. Überlassung und Belassung der Kreditsumme haben ihr synallagmatisches Gegenüber in Rückzahlung und Kreditkosten.

Auf dieses vertragliche Synallagma finden die Vorschriften der §§ 320 ff. BGB Anwendung [2]. Für die formale Leistungsstruktur des § 607 BGB wird dies kaum relevant [3], da mit der Hingabe und Belassung der Darlehensvaluta die Pflicht des Kreditgebers erfüllt ist.

Ergibt sich jedoch in einer sozialen Auslegung, daß die Pflicht der Kreditgeber sich auch rechtlich nur auf die Bereitstellung und ungestörte Gewährung einer Konsummöglichkeit der Verbraucher beziehen kann und dieser soziale Zweck derart mit der Leistungspflicht des Kreditgebers verbunden ist, daß er regelmäßig den Wert ihrer Leistung ausmacht, so würde die Störung des Konsumzwecks ("causa consumendi") eine Leistungsstörung darstellen.

---

1) Schmidt-Salzer, a.a.O. S. 56

2) So auch die h. L. zum Konsensualvertrag jedoch mit der Beschränkung auf die Leistungskomponenten "zeitliche Be- und Überlassung" und "Nutzungsentgelt" und "soweit sich nicht aus der Natur des Darlehens oder dem Gesetz ein anderes ergibt" (Larenz, Schuldrecht Bd. II S. 192; Esser, Schuldrecht Bd. 2, S. 210; Erman-Schopp, BGB, Vor § 607 Rdn. 1; a. A. Staudinger-Riedel, BGB, Vorbem. zu § 607, Rdn. 3 mit dem Hinweis auf § 609.

3) Vgl. aber Staudinger-Riedel, a.a.O., der es bei Pfandbriefen für möglich hält, daß der Kreditgeber mangelhaft leistet.

2. Der soziale Inhalt der Geldleistungspflicht des Kreditgebers

a) Die Zweckstruktur der Leistung

Der wesentliche Inhalt des formalen Leistungsbegriffs ist durch den Leistungszweck bestimmt [1]. Erst wenn man die Finalstruktur der Leistungspflichten erkennt, wird die Abgrenzung von Erfüllung und Nichterfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) möglich [2]. An die Verfehlung des Leistungszwecks knüpfen daher auch die wesentlichen Regelungen im Recht der Leistungsstörungen sowie im Bereicherungsrecht an. Gleichwohl führt diese Erkenntnis nicht dazu, diese Regeln unmittelbar auf die Verfehlung des Konsumzwecks anzuwenden. Zweck, Erfolg oder Interesse sind im gegenseitigen Schuldverhältnis nämlich durch den Austauschzweck eingegrenzt [3]. Es wird geleistet um der Gegenleistung willen, und zwar vermittelt über den Geldwert, der einzig in der Lage ist, beide Leistungen zueinander in Beziehung zu setzen. Der eigentlich entscheidende Zweck ist daher nur dieser Tauschzweck, der deshalb auch als "primärer Leistungszweck" bezeichnet wird [4], während Verwendungs- und Gebrauchszwecke als weitere Zwecke oder Absichten eingeordnet werden [5].

Mit dieser Ausgrenzung von Zwecken hat die Zivilrechtsdog-

1) Vgl. Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, S. 6; Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, S. 7, 285
2) Zur Unterscheidung zwischen Erfolgs- und Handlungspflichten Esser-Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, Teilband 1, S. 36; Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, S. 6; Beuthien, a.a.O., S. 304
3) Vgl. Larenz, a.a.O. S. 23
4) Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage, S. 8
5) Vgl. die Zusammenstellung der Benennungen bei Köhler, a.a.O. Fn. 33; Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. 1, Teilband 1, S. 31, spricht von "charakteristischen, strukturell-typischen Geschäftszwecken" wie "Gegenseitigkeits-causa, Unentgeltlichkeits-causa, Treuhand-causa und weiteren Geschäftszwecken

matik jedoch die sozialen Zwecke des Konsums und der Arbeit aus dem Synallagma prinzipiell ausgeschlossen. Dem liegt die liberalistische Vorstellung zugrunde, daß sich diese sozialen Funktionen des Warenverkehrs gleichsam von selbst hinter dem Rücken der Tauschenden optimal durch Wettbewerb verwirklichen würden. Gerade ihre Nichtberücksichtigung sollte als ihr Garant erscheinen. Wir erkennen jedoch heute, daß die Selbstregulierungskräfte der Wirtschaft dies keineswegs ohne Kontrolle und Regulierung erfüllen. In zunehmendem Maße erscheinen die sozialen Zwecke als über die Pflicht zum Wettbewerb hinausgehende rechtliche Verpflichtungen an die Unternehmen [1]. Mit der Zunahme staatlicher Eingriffe in die Wirtschaft läßt sich daher auch im Zivilrecht eine Tendenz feststellen, weitere Zwecke in den Vertrag einzubeziehen, was insbesondere für die juristische Diskussion der Geldleistung zutrifft.

---

1) Z. B. LebensmittelG; BerufsbildungsG; KündigungsschutzG; Produzentenhaftung; Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte; positive Vertragsverletzung

Die Geldleistungspflicht wird nämlich gerade in letzter Zeit durchaus in ihrem wirtschaftlichen Kontext verstärkt untersucht und in ihrer Formalisierung in dem Satz "Mark gleich Mark" in Frage gestellt. Allerdings sind es nicht die Interessen der großen Masse der lohnabhängigen Verbraucher, die hierzu geführt haben, sondern die Interessen der Besitzer von Geldvermögen und leitender Angestellter, um die sich die Rechtswissenschaft in der Inflation Sorge macht . So heißt es bei Horn:[1] "Denn hinsichtlich der Einkommen hat sich seit langem eine starke Tendenz zur Anpassung der Realeinkommen an Geldwertverluste durchgesetzt, insbesondere durch die Dynamisierung der Sozialrenten und durch regelmäßig ausgehandelte Tariferhöhungen. Diese Anpassungen sind selbst inflationsfördernd; die um sie geführten Verteilungskämpfe wirken sich also direkt auf die Belastung der Geldvermögensinhaber aus. ... Der schuldrechtliche Nominalismus wirkt in diesem Zusammenhang geradezu als Voraussetzung und Instrument dieser Umverteilungen zu Lasten ungeschützter Geldvermögensinhaber. Diese Umverteilungseffekte[2] durch Inflation sind sozial ungerecht und volkswirtschaftlich schädlich ..." Die zivilrechtliche Konsequenz: "Die Gerichte müssen die im Geldschuldrecht beschlossene Aufgabe zur Sozialgestaltung

---

1) Geldwertänderungen, Privatrecht und Wirtschaftsordnung, S. 33

2) Diese Effekte existieren tatsächlich nicht. Da Horn den Geldvermögensinhaber trennt von der Quelle seines Geldvermögens, entgeht ihm vor allem, daß es gerade die Besitzer großer Geldvermögen sind die, durch die Gestaltungsmöglichkeit ihrer Preise im Gegensatz zu nur durch Kampf veränderbaren Löhnen und Gehältern an der Inflation verdienen. Die Inflationssicherung ihrer Geldvermögen, die letztlich vor allem die Banken als die Besitzer der größten Geldvermögen schützen wird, bedeutet daher, daß sie den winzigen Anteil der Inflationsgewinne, den sie durch die Entwertung eigener Geldvermögen mittragen, auch noch überwälzen können, vgl. dazu im einzelnen m. Nachw. unten S. 314 Fn. 1

übernehmen" [1], zeigt, wie wenig formal in der Rechtswissenschaft argumentiert werden kann, wenn es um bestimmte Interessen geht. Man hält es sogar für möglich, daß das formale Wertprinzip des BGB im Nominalismus wegen Verstoßes gegen Art. 14 GG aufgehoben werden muß [2]. Am deutlichsten wird diese Öffnung der Zivilrechtsinterpretation zu einer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Inhaltes der Geldleistungspflicht jedoch in der Aufwertungsentscheidung des Reichsgerichts vom 23. November 1923 [3], die die Grundlage der Diskussion bildet [4]. Das Reichsgericht hatte mit einer an der wirtschaftlichen Entwicklung der Hyper-Inflation orientierten Auslegung des § 242 BGB die gesetzlichen Festlegungen des Nominalismus beiseitegeschoben. Interessant ist insbesondere auch die weitere Begründung. Dort heißt es [5]: "Zur Bejahung der Zulässigkeit der Aufwertung gelangt man übrigens auch in wesentlich gleicher Weise auf dem Wege der ergänzenden Auslegung des Vertrags, wenn nämlich vom Gericht geprüft wird, was die Parteien in Gemäßheit des gesamten Vertragszwecks vereinbart haben würden, wenn sie die Möglichkeit einer außergewöhnlich hohen Geldentwertung vorausgesehen, diesen Fall gleichfalls geregelt hätten und dabei dem Gebote von Treu und Glauben gefolgt wären (§ 157 BGB), ..."

---

1) A.a.O. S. 46; Horn stützt sich hierfür auf eine Bemerkung von L. Raiser über den politischen Inhalt des Wirtschaftsrechtes, die zur Legitimation einer Rechtserweiterung der Besitzenden herangezogen wird - eine Interpretation, die angesichts des Werkes von L. Raiser und seinem sozialen Engagement überrascht.

2) Papier, Rechtsprobleme der Inflation, JuS 74, 477; ähnlich Bettermann, Die Geldentwertung als Rechtsproblem, ZRP 74, 14 (letzterer allerdings mit der Betonung des Schutzes der wirtschaftlich Schwächeren und nicht allein der "Geldbesitzer"); ablehnend Mann, Geldentwertung und Recht, NJW 74, 1297 (1298); dazu Thierfeld, Nochmals: Geldentwertung und Recht, NJW 74, 1854 der ebenso wie v. Maydell, Geldwert und Geldschuld, S. 212 bei prinzipieller Beibehaltung des Nominalismus Ausnahmen in Extremfällen nach § 242 BGB zulassen will.

3) RGZ 107, 78 (87 ff.)

4) Vgl. dazu die in den vorstehenden Fußnoten Genannten.

5) A.a.O. S. 90

Das Reichsgericht verkennt nicht, daß die hypothetische Regelung des Inflationsrisikos von den Parteien nicht nach Treu und Glauben, sondern nach dem Grad ihrer Macht über den jeweiligen Partner, d. h. der ihnen einseitig zur Verfügung stehenden Vertragsfreiheit geregelt worden wäre. Nur so ist es verständlich, daß nicht wirklich der hypothetische Wille erforscht wird, sondern der nach Treu und Glauben auferlegte Vertragsinhalt als hypothetisch vereinbart gelten soll. Ausgelegt wird hier die wirtschaftliche Funktion des zugrunde liegenden Austauschverhältnisses.

Das Bundesarbeitsgericht [1] hat an diese Rechtsprechung angeknüpft [2] und darüber hinaus die soziale Funktion der Geldleistungsverpflichtung einbezogen. So heißt es zu Beginn der Entscheidungsbegründung für die "Aufwertung" eines Ruhegehaltsversprechens: "Die arbeitsrechtlichen Versorgungsverpflichtungen dienen dem Zweck, den Lebensunterhalt des aus dem aktiven Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen früheren Arbeitnehmers zu sichern ..." [3] Später heißt es [4] "Die Pension erfüllt Unterhaltsfunktionen ... Betriebliche Versorgungsleistungen dienen - ... - nicht nur der Aufrechterhaltung einer Minimalexistenz, sondern der Aufrechterhaltung der im Berufsleben erworbenen sozialen Stellung." Für eine Beachtung dieser Funktion sprächen "die Gebote des § 242 BGB und des Verfassungsgrundsatzes der sozialen Rechtsstaatlichkeit (Art. 28 Abs. 1 GG)" [5]

Dieser Ansatz entspricht weitgehend der hier vertretenen so-

---

1) BAG NJW 73, 959; NJW 73, 1296
2) Vgl. a.a.O. S. 960
3) A.a.O. S. 959
4) A.a.O. S. 961
5) BAG NJW 73, 962

zialen Auslegung [1]. Im Ergebnis hat jedoch das BAG ebenso wie der BGH zum formalen Tauschdenken zurückgefunden, wenn es dann die Angleichung vor allem daraus ableitet, daß hier "das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung" deshalb gestört sei, weil "der Wert der Versorgungsleistung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses als versprochenes Äquivalent für die Betriebstreue gegenüber dem heutigen Wert in ein krasses Mißverhältnis geraten ist" [2]. In Anbetracht der kaum beklagbaren sozialen Lage der Kläger in den erwähnten Urteilen war es einfacher, "Betriebstreue" in Geld umzurechnen als den Gedanken der Versorgungsfunktion des Ruhegehaltes zu Ende zu denken. Für die große Zahl der Arbeitnehmer wäre der andere Ansatz einer sozialen Auslegung wesentlich fundierter, da ihre Lage sowohl als abhängig Beschäftigte wie als Verbraucher wesentlich mehr Beziehung zur "Aufrechterhaltung der Minimalexistenz" [3] hat.

In der Theorie von der funktionalen Geldschuld [4] ist der wirtschaftliche Zweckgedanke schließlich insoweit berücksichtigt worden, als durch die spezifische Funktion des Geldes im Wirtschaftskreislauf funktionale Äquivalente des Zentralbankgeldes für die Geldschuld zugelassen wurden.

---

1) Das BAG sah hierdurch "Ansprüche gegen Pensionskassen, Unterstützungskassen oder Versicherung durch eine Lebensversicherungsgesellschaft" durch seine Ausführung ausdrücklich als nicht berührt an. Es handelte sich in den Fällen des BAG wohl ohnehin um leitende Angestellte. Der Kläger hatte 1951 ein betriebliches monatliches Ruhegeld von 750,- DM. Das Durchschnittsnettoeinkommen der abhängig Beschäftigten betrug damals zwischen 200,- und 250,- DM. Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsprechung für die Pension eines Vorstandsmitgliedes einer AG fortgeführt und dessen monatliches Einkommen dadurch von 2083,33 DM auf 2887,50 DM aufgebessert.

2) BAG NJW 73, 961; ebenso BGH NJW 73, 1599

3) BAG NJW 73, 959

4) Vgl. Larenz, Schuldrecht, Bd. I, S. 136 ff.; v. Maydell, Geldschuld und Geldwert, S. 107-109, 8 ff.; Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. 1, Teilband 1, S. 131

Die Konstruktionen eines "genetischen Verbundes" (Gernhuber) einer "gesellschaftsrechtlichen Verknüpfung" (Emmerich), einer "ins synallagmatische Austauschverhältnis gesetzten Schuldübernahme" (Müller-Laube) oder einer "wirtschaftlichen Einheit" (Rechtsprechung) beim Einwendungsbegriff im finanzierten Abzahlungsgeschäft [1] weisen in dieselbe Richtung. Ihr rechtspolitisches Ziel liegt letztlich in der Einbeziehung des Verwendungszweckes eines Kredites in das Synallagma des Darlehens.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß der Austauschzweck längst nicht mehr das vertragliche Synallagma erschöpfend bestimmt, sondern in der Lehre als ein "besonders charakteristischer strukturell-typischer Geschäftszweck" [2] anzusehen ist, der auf jeden Fall vom BGB berücksichtigt worden ist.

Man kann daher unter der Herrschaft des Sozialstaatspostulats fordern, daß heute auch diejenigen sozialen Handlungszwecke ins Vertragsgefüge einbezogen werden, die für ein bestimmtes Geschäft "besonders charakteristisch sozio-ökonomisch und strukturell-typisch" sind.

Eine solche Typizität des Konsumzwecks für Kreditverhältnisse wurde hier bereits durch die Beschränkung der Betrachtung auf den Konsumentenkredit vorausgesetzt. Es ist weiter zu prüfen, ob dieser Konsumzweck so mit der Leistungspflicht des Kreditgebers verbunden ist, daß er nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß diese Leistung objektiv wertlos und inhaltslos würde.

---

1) Vgl. dazu im einzelnen oben S. 231 ff.
2) Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. 1, Teilband 1, S. 31

b) Die wirtschaftliche Akzessorietät des Konsumzwecks zum Inhalt der Geldleistung

Der Zivilrechtsdogmatik liegt das wirtschaftliche Vorverständnis zugrunde, daß der Geldwert als Wert an sich von dem durch das Geld vermittelten Warentausch abstrahiert werden kann. Dieses Vorverständnis kollidiert jedoch mit der Wirklichkeit, wenn man in einer Gesamtbetrachtung Geld und Waren gegenüberstellt und hieraus abgeleitet die im Konsumentenkredit bereitgestellten Geldkapitalien untersucht.

(1) Der allgemeine Wert des Geldes als Ausdruck seiner Akzessorietät zur Warenzirkulation

Die Illusion, daß Geld selber Wert und nicht nur Wertausdruck ist, wurde in letzter Konsequenz nur von den "Metallisten" vertreten, die unter dem Eindruck einer reinen Gold-

währung den Wert des Geldes aus seinem inneren Stoffwert ab-
leiteten. Der Erwerb des Geldes als Selbstzweck wurde durch
seine Funktion als Wertaufbewahrungsmittel erklärt. Demge-
genüber ging die "konventionalistische Theorie" davon aus, da
der autonome Wert des Geldes durch rechtliche Konvention ge-
setzt sei [1]. Diese juristische Variante der Theorie eines Ei-
genwertes des Geldes überholte sich ebenso wie der Metallis-
mus in einer wirtschaftlichen Entwicklung, in der Geld die
Form von Banknoten und Gutschriften auf Bankkonten (Giral-
geld) annahm und die Bestimmungsfaktoren seines Wert' schein
in der Inflation und Währungsreform allzu deutlich in Erschei
nung traten. Mit den Funktionswerttheorien erfolgte eine deut
che Hinwendung zur Warenzirkulation als dem eigentlich be-
stimmenden Element des Geldwertes. Der Geldwert leitet sich
danach ab aus dem Wert der Güter, die mit Hilfe des Geldes
erworben werden können [2]. In den modernen Theorien (Kas-
senhaltungs-, Liquiditäts- und Geldnachfragetheorie) wird der
Geldwert aus der Summe der Geldfunktionen in der Marktwirt
schaft abgeleitet. Danach streben die auf dem Markt Agieren-
den nach höchstmöglicher Liquidität, um in ständiger Tausch-
bereitschaft am Warenaustausch teilnehmen zu können [3]. Ge-
meinsam ist heute allen Definitionen, daß der Geldwert die
"Kaufkraft des Geldes, d. i. die für eine Geldeinheit käuflich
Gütermenge" "der Güterpreis des Geldes" ist [4]. Der Theori
enstreit geht insbesondere darum, durch welche Faktoren die
se Kaufkraft im einzelnen bestimmt ist, d. h. letztlich, wie
die Inflation zu erklären ist. Für unsere Zwecke genügt es
festzuhalten, daß der Geldwert allgemein akzessorisch ist zum
Wert der auf dem Markt angebotenen Güter, wie er sich in

---

1) Vgl. Ehrlicher, Geldtheorie in Kompendium der Volkswirt-
schaftslehre, Bd. 1, a.a.O. S. 342 ff.
2) Ehrlicher, a.a.O. S. 342
3) Ehrlicher, a.a.O.; sowie Dr. Gablers Wirtschaftslexikon
Bd. 2, 1973, S. 561 ff. "Geldtheorien"
4) Wirtschaftslexikon, a.a.O. S. 564 "Geldwert"

ihren Preisen ausdrückt. Das bedeutet, daß die Menge des nachfragewirksamen Geldes auf dem Markt in einer bestimmten Relation zur Preissumme der nachgefragten und angebotenen Waren stehen muß. Ändert sich dies Verhältnis etwa durch steigende Preise und eine Vergrößerung der Geldmenge, so sinkt der Geldwert, was bis zur totalen Vernichtung des Wertes einer Währung in der galoppierenden Inflation führen kann. Die scheinbar makellose Geldleistung wird dann, und dies hat auch das Reichsgericht in der Aufwertungsrechtsprechung gesehen, zur makelhaften entwerteten Leistung, bei der das Gegenseitigkeitsverhältnis, das formal im Vertrag festgelegt und vom Willen der Parteien getragen wurde, nicht rechtlich aber inhaltlich aufgelöst wird.

Die Akzessorietät von Geldwert und Warenpreis wird darüber hinaus deutlich in den Entstehungsbedingungen des Zentralbankgeldes (Banknoten). Jedes neue Quantum Geld wird nur auf dem Kreditwege von der Bundesbank über die Geschäftsbanken in die Zirkulation geleitet. Um dabei sicherzustellen, daß dem neu gedruckten Geld für die Zeit seiner Zirkulation auch die Zirkulation einer Ware zu dem entsprechenden Preis gegenübersteht, gibt die Bundesbank dieses Geld nur für Wechsel aus, bei denen der Verwendungszweck für den Erwerb von Waren zum Zwecke ihrer Weiterveräußerung (Handelswechsel) sichergestellt ist [1], deren Laufzeit drei Monate nicht überschreitet und deren Rückzahlung durch zwei "sichere" Unterschriften gewährleistet ist [2]. Aus dieser Akzessorietät erklärt es sich auch, daß

---

1) Die begrenzte Berechtigung des Staates zur Geldschöpfung bildet die Ausnahme, vgl. Ehrlicher, a.a.O. S. 357/359

2) Vgl. Ehrlicher, Geldtheorie, a.a.O. S. 361; sowie S. 362: "Der Abstützung auf den Handelswechsel liegt - ... - der Gedanke zugrunde, daß der Anfall von Handelswechseln den Geldbedarf der Wirtschaft widerspiegelt, der sich aus den Veränderungen des Produktions- und Umsatzvolumens ergibt."

die Bundesbank eine Rediskontierung von Konsumentenkreditwechseln ablehnt, da im Unterschied zum Kreditbedarf bei Handelsgeschäften hier gleichzeitig mit der Entnahme von Waren aus der Zirkulation [1] neues, inflationsförderndes Geld in die Zirkulation fließen würde, dem keine im gegenläufigen Sinn zirkulierenden Waren entsprächen [2].

(2) Die Akzessorietät des im Konsumentenkredit geschöpften Geldes zum Konsumgüterabsatz

Trotz dieser Restriktionen der Zentralbank wird das für den Konsumentenkredit notwendige Geld nicht aus dem vorhandenen Geldvolumen (insbesondere Ersparnisse) geschöpft, sondern hier fließt neu geschöpftes Geld in die Zirkulation, das die Inflation durch einen Geldüberhang von unproduktiv geschöpften Geldern anreizt. Sichtbarer Ausdruck hierzu ist, daß fast alle Länder der westlichen Welt mit ständigen Eingriffen in die Distributionsmöglichkeiten von Konsumentenkrediten versucht haben, diesen Geldüberhang zu steuern [3].

---

1) = Konsum vgl. Streissler, a.a.O. S. 13

2) Vgl. Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken, S. 72; ausführlich Fischer, Die Refinanzierung der Teilzahlungsbanken im Zentralbanksystem, TW 1954 S. 53; Dabei besteht wirtschaftlich kein Unterschied, ob das Geld über den Händler (sog. Absatzfinanzierung) oder direkt dem Verbraucher (Kundenfinanzierung) zur Verfügung gestellt wird. Beide Begriffe werden vor allem dazu benutzt, um eine angeblich auch wirtschaftlich fundierte Unterscheidung zwischen Abtretungskonstruktion und finanziertem Abzahlungsgeschäft zu stützen, die dann zugunsten der Trennungstheorie der sog. "wirtschaftlichen Einheit" entgegengesetzt werden. Vgl. bei Ostler/Weidner, AbzG § 6 Anm. 59; BGH LM Nr. 2 zu § 6 AbzG; Müller-Laube, a.a.O., S. 28 ff.

3) Vgl. den Überblick bei Sommade, La vente à crédit, Paris 1959 S. 528; Moschetto/Plagnol, Le crédit à la consommation S. 108/109; Lipfert, Einführung in die Währungspolitik, 3. Aufl. 1967 S. 180: "Die Bestimmungen für Teilzahlungskredite werden gelockert oder verschärft, je nach der allgemeinen Konjunkturlage." Für das französische Recht: v. Bieberstein, Zielsetzung und Anwendungsbereich der Regelungen des Abzahlungskaufs in Deutschland und Frankreich, Festschrift Duden S. 307 (311 ff.)

Um diesen genetischen Zusammenhang zwischen der Nachfrage nach langlebigen Konsumgütern und dem hierfür bereitgestellten Kreditgeld zu erklären, ist ein Überblick über die Geldschöpfungsmöglichkeit der Banken notwendig.

Mit der Entwicklung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, bei dem die Kontoführung der Gesellschaft den privaten Banken zufällt, kann Geld nachfragewirksam zirkulieren, ohne daß hierfür Zentralbankgeld notwendig wäre. Da die Einleger von Zentralbankgeld ihre Zahlungen weitgehend unbar leisten, bedeutet die Abhebung vom eigenen Konto für die Bank in der Regel nur eine Umbuchung des Betrages auf ein anderes Konto, so daß kein Verlust an Zentralbankgeld eintritt. Gewährt die Bank einen Kredit, so kann sie ebenfalls mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, daß das Geld im Bankensektor bleibt, der in sich durch wechselseitige Kredite in der Weise zu einem einzigen großen Geldinstitut zusammengefügt ist, daß Liquiditätsengpässe einzelner Banken von allen gemeinsam aufgefangen werden [1]. Durch einen Kredit wird somit das in der Verfügungsgewalt der Banken stehende Geld nicht vermindert, sondern vermehrt. Da von ihnen kein Nachweis gefordert wird, daß das bei ihnen geführte Guthaben auch in dieser Höhe in Zentralbankgeld bereitsteht [2], haben sie faktisch die Möglichkeit, zusätzlich zum Zentralbankgeld eigenes Geld, das Giral- oder Buchgeld, durch Kreditvergabe zu schöpfen. Während 1950 das Giralgeld 54,9 % des Geldvolumens (M_1) ausmachte, betrug dieser Satz

---

1) Dies geht bis hin zum "Feuerwehrfonds", der Insolvenzen von Banken kollektiv verhindern bzw. in ihren Auswirkungen mildern soll.

2) Gefordert wird nur eine sogenannte Mindestreserve, deren Sätze von der Bundesbank je nach Größe der Bank, Bankplatz und Zeit festgelegt werden. Die Banken sind in der Zeit nach 1948 nur dazu verpflichtet gewesen, jeweils einen Anteil zwischen 10 und 20 % der Sichtverbindlichkeiten, zwischen 6 und 11 % der befristeten Einlagen und zwischen 4 und 9 % der Spareinlagen in Form von Zentralbankgeld bei der Bundesbank liquide zu halten. Deutsche Bundesbank, Deutsches Geld- und Bankwesen in Zahlen, 1876-1975, S. 266 f.

1970 bereits 65,9 %, während der Anteil des Bargeldumlaufs am Geldvolumen von 45,1 % auf 34,1 % zurückging [1]. Da die Ausweitung des Geldvolumens durch die unbegrenzte Kreditvergabe im Interesse der Gewinnerzielung durch die Banken liegt, unterscheidet ihre Geldschöpfung im Unterschied zur Geldschöpfung durch die Zentralbank nicht zwischen produktiver und unproduktiver Nachfrage. Auch die Instrumente der Bundesbank wie die Festsetzung des Diskontsatzes, der Rediskontkontingente, des Lombardsatzes, der Mindestreserveverpflichtung oder die Offenmarktpolitik [2] können die private Macht der Banken zur Geldschöpfung in ihrem Interesse wann und in welchem Sektor sie wollen nur in geringem Maße quantitativ begrenzen [3], da sie nur global wirken [4]. Das bedeutet, daß im Konsumentenkredit, der vermittelt über verschiedene Verteiler allein aus dem Sektor der Geschäftsbanken kommt, nicht bereits vorhandenes Geld umverteilt, sondern zusätzliches Geld geschöpft wird, das es den Anbietern von Konsumgütern erlaubt, höhere Preise zu verlangen als die präsente Kaufkraft der nachfragenden Konsumenten es erlaubt haben würde. Mit der inflationären Entwertung ihrer Einkommen bezahlen die Konsumenten damit letztlich ei-

---

1) Nach Monatsberichte der Deutschen Bundesbank, Juli 1971, "Längerfristige Entwicklung des Geldvolumens" S. 16

2) Dazu vgl. Lipfert, Einführung in die Währungspolitik, S. 139

3) "Denn jede Bank will zwar liquide bleiben, möchte aber gleichzeitig möglichst rentabel sein. Das kann die Bank nur erreichen, wenn sie selbst so viel Kredit wie vertretbar gewährt." Lipfert, a.a.O. S. 69

4) "Wegen der seitens der Wirtschaft in fast unbegrenztem Maße möglichen Ausweichhandlungen sind Kreditrestriktionen nur bei Verstaatlichung der Kreditinstitute voll durchzusetzen." Lipfert, a.a.O. S. 179

nen Teil der ihnen gewährten Kredite selber [1]. Sieht man davon ab, daß auch im Konsumentenkredit zu einem geringen Teil Spargelder angelegt werden (sog. kompensatorische Kredite), so ergibt sich, daß das im Konsumentenkredit herausgelegte Geld in einer genetischen Akzessorietät zu dem entsprechenden Konsumgeschäft steht. Ohne den Erwerb des finanzierten Konsumgutes bzw. die Konsumtion der finanzierten Dienstleistung hätte das bereitgestellte Geldquantum überhaupt nicht bestanden. Durch das Konsumgeschäft werden daher die Banken in die Lage versetzt, zusätzliche Kredite zu schöpfen und gewinnbringend zu verwerten. Durch die Rückzahlung dieses Kredites von den Konsumenten wird zwar diese Geldmenge wieder vernichtet. Übrig bleibt jedoch der Zins, der nunmehr nach Abrechnung der Verwaltungskosten den Gewinn auf das gesamte eingesetzte Kapital erhöht.

Ist das für ein bestimmtes Konsumgeschäft geschöpfte Geld in seiner Entstehung von der Veräußerung dieser Ware abhängig, so ist damit auch der Geldwert konkret durch den Wert dieser Konsumgütermenge gegeben.

---

1) Zur inflationären Wirkung von Konsumentenkrediten vgl. Lutz, Der Konsumentenkredit, in Arbeitskreis für Absatzfragen Heft 1 1954, S. 65: "Der Prozeß ist inflationistisch; Einkommen und Preise erhöhen sich nominell; realiter aber wird dasselbe Resultat wie vorher erzielt."; Pohl, Der Konsumentenkredit - Ein Diskussionsbeitrag, Konjunkturpolitik 1. 1954/55 S. 488: "kann nur die dem zweiten Fall zugrundegelegte Annahme, daß der (Konsumenten- U. R.) Kredit 'zusätzlich' geschaffen wird, zutreffen." Der Zusammenhang zwischen der Entwertung der Löhne durch die Möglichkeit erhöhter Konsumgüterpreise und dem Konsumentenkredit wird bei Lewis, Some Factors in the Growth of Consumer Credit, The Journal of Finance (USA), 11. 1956 S. 255 deutlich: "If consumer credit remained unchanged in 1956 - ... - the economy would loose this 5 billion dollar stimulus, but it could be made up by a general increase in wages of only 2 1/2 per cent ..." Moschetto/Plagnol, Le crédit à la consommation, S. 113, führen dagegen nur an (beide sind Bankdirektoren), daß der Anteil des Konsumentenkredits am Gesamtkredit gering sei.

Der Wert des zusätzlichen Geldes ist somit im Tauschwert des erworbenen Konsumgutes genetisch und funktional vergegenständlicht. Da der Tauschwert des einzelnen Konsumgutes in seinem vertraglich vereinbarten bzw. durch den Anbieter gesetzten Preis festgelegt ist, scheint die Geldschöpfung mit dem Austausch der Ware ihren Wert bestätigt zu haben. Stellt sich nach Abschluß des Konsumgeschäftes jedoch heraus, daß der Gebrauchswert des Konsumgutes nicht den rechtlich geschützten Vorstellungen des Konsumenten entspricht (Mängel, arglistige Täuschung, verspätete Lieferung oder Erfüllungsverweigerung bei Konkurs), so bedeutet dies, daß auch der im Entgelt vergegenständlichte Tauschwert nicht mehr der 'gerechte' Preis ist und die Differenz [1], sei es durch Herabsetzung der Gegenleistung (Minderung), durch Nachbesserung und vertragsmäßige Herstellung des Konsumgutes, durch Schadensersatz (aus Verzug, Unmöglichkeit oder unerlaubter Handlung) oder nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts oder Rücktritt (Wandlung) auszugleichen ist.

Damit ergibt sich aber wirtschaftlich auch, daß der Wert des geschöpften Geldes seinen in der Hingabe scheinbar objektivierten Wert nicht realisieren konnte, d.h. entsprechend dem reduzierten Tauschwert der Ware auch nur einen reduzierten Wert besitzt, solange eine Kompensation nicht erfolgt ist. Auch objektiv konnte somit der Wert des im Konsumentenkredit bereitgestellten Geldquantums nicht den gesellschaftlich durchschnittlichen Geldwert erreichen. Dieser "Wertmangel" des Geldes wird in der Regel durch den Verkäufer unmittelbar an den Konsumenten ausgeglichen. Geschieht dieser Ausgleich nicht, sei es, daß der Verkäufer in Konkurs gegangen ist oder einen Wertausgleich verweigert, während die gerichtliche Durchsetzung aufgrund der Prozeßkostenrisiken

---

1) Vgl. die Berechnung bei der Minderung § 472 BGB

und anderer Zugangsbarrieren für den Verbraucher kein adäquates Durchsetzungsmittel darstellt, so hat sich der von dem Kreditgeber versprochene Wert sowohl objektiv als auch subjektiv nicht realisiert. Läßt man dieses Risiko beim Verbraucher, so hat dieser letztlich dafür einzustehen, daß die Banken den versprochenen Geldwert durch ihre Investition in ein risikobehaftetes Geschäft nicht realisieren konnten.

c) Der Ausdruck des wirtschaftlichen Zusammenhangs in den Formen der Konsumentenkreditgeschäfte

Der innere Zusammenhang von Erwerbsgeschäft und Kreditgeschäft, durch den die Leistung des Kreditgebers als Vermittlung einer Konsummöglichkeit besteht, zeigt sich insbesondere in der Werbung gerade für jene freien Kredite, die "rechtlich und wirtschaftlich scharf voneinander getrennt" [1] sein sollen.

Die Banken verkaufen nicht mehr das Geld, sondern die Konsummöglichkeit selber.

Die Deutsche Bank wirbt in einer Großanzeige: "Schöner Wohnen durch einen Kredit der Deutschen Bank ... Verschaffen Sie sich selbst ein neues Lebensgefühl und bereiten Sie Ihren Gästen eine Überraschung: mit behaglichen Möbeln!" [2] An anderer Stelle heißt es: "Brauchen Sie Geld für einen Fernseher oder eine Stereoanlage?" [3] "Schon für 225,- Mark im Monat können Sie bei uns einen Kredit von 9000,-- Mark für ein neues Auto bekommen." [4] "Reden Sie doch mal mit uns. Wir finanzieren, was Ihnen fehlt. Den neuen Wagen. Eine neue Wohnungseinrichtung. Was es

1) Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken, S. 43
2) Berliner Abend v. 3. 6. 1976
3) Frankfurter Rundschau v. 19. 12. 75
4) Frankfurter Rundschau v. 11. 12. 75

auch sei. BHI-Kunden wohnen gern wohnlich. Behelfen Sie sich nicht mit halber Behaglichkeit. Verwirklichen Sie Ihre Wünsche." [1] Die Abbildung eines PKW sowie eines Honda-Motorrades in ihrer Werbeanzeige kommentiert die Sparkasse "Beide bekamen, was sie wollten ... für den Beruf brauche ich einen guten Wagen. (Der aber auch sein gutes Geld kostet!) Da habe ich kurz entschlossen einen Kredit genommen." [2] In einer Werbebroschüre fragt die BHI: "Sie brauchen vielleicht ein Auto. Einen modernen, leistungsfähigen und sicheren Wagen. Oder Sie sollen es sich zu Hause noch gemütlicher und schöner machen. Ihr großer Wunsch ist eine Wohnungseinrichtung. Oder ..." [3]

Was passiert, wenn man den Gästen keine Überraschung machen kann, weil die falschen Möbel geliefert wurden und der Händler sich weigert, die richtigen zu liefern? Was ist, wenn der gute Wagen für den Beruf einen Defekt hat oder wenn der moderne leistungsfähige und sichere Wagen überhaupt nicht geliefert wird und nach Überweisung der Darlehenssumme der Händler in Konkurs fällt? Was geschieht, wenn der Möbelhändler getäuscht hat und von dem Wunsch nach einer schönen Wohnungseinrichtung nur ein Abbild in der Wohnung übrigbleibt, das von schlechter Qualität und zu einem zu hohen Preis erstanden wurde?

Obwohl die Kreditgeber in ihrer Werbung immer deutlicher die Schönheit, Makellosigkeit und Wunschgemäßheit der durch sie finanzierten Güter zum Verkauf anpreisen, mit Farbfotos den Geschmack für bestimmte Konsummöglichkeiten wecken und unbeschränkte Gebrauchswerte suggerieren, ist ihre in den Formularverträgen ausgedruckte Antwort auf die gestellten Fragen:

---

1) Werbebroschüre der BHI "Wünsche nach Plan, Finanzierung nach Maß"
2) Berliner Tagesspiegel vom 3. 4. 1976
3) Vgl. dazu Reifner/Weitz/Oesseler, Tatsachen, S. 158 ff.

"Die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten jeglicher Art oder von Gewährleistungsansprüchen im Sinne der §§ 459 ff. BGB oder die Aufrechnung von Gegenforderungen des Kreditnehmers ist der Bank gegenüber ausgeschlossen." [1], "Etwaige kaufrechtliche Ansprüche des Kreditnehmers gegenüber Dritten berühren nicht die Vereinbarungen dieses Vertrages; so sind z. B. ..." [2] oder "Der Darlehensnehmer ist verpflichtet, das Darlehen auch dann bedingungsgemäß an die Sparkasse zurückzuzahlen, falls ihm Einwendungen oder Einreden irgendwelcher Art sowie Gewährleistungsansprüche aus einem mit Mitteln dieses Darlehens finanzierten Kaufvertrag zustehen sollten." [3]

Allein schon die ausdrückliche Formulierung von Einredeausschlüssen in Formularbedingungen, die für freie Kredite benutzt werden, deutet darauf hin, daß hier ein Stück Realität, das in der Werbung genutzt wird und fest im Bewußtsein der Verbraucher verankert ist, durch rechtliche Fiktionen hinwegdefiniert wird. Wäre die Werbung bereits als rechtsgeschäftlich relevante Willenserklärung der Kreditgeber anerkannt, so ließe sich daraus die Zusicherung entnehmen, daß die Kreditgeber für den einwandfreien Zustand der durch ihren Kredit finanzierten Konsummöglichkeiten einstehen wollen.

Neben den bisher in Rechtsprechung und Schrifttum aufgezählten Ausprägungen konkreter Zusammenarbeit von Handel und Banken wie ständige Geschäftsverbindung, Abschluß des Kreditgeschäfts in den Räumen des Händlers, Benutzung gemeinsamer Formulare, Sicherungsübereignung des auf Kredit erworbenen Konsumgutes an den Kreditgeber, Anwesenheit ei-

---

1) WKV-Berlin Ziff. 3 der Barkredit-Bedingungen
2) KKB-Kreditbedingungen Ziff. 5
3) Sparkasse der Stadt Berlin (West) Ziff. 9 der Bedingungen

nes Finanzmaklers im Geschäftslokal des Händlers lassen sich noch beliebig viele andere Faktoren aufzählen. So gibt es Bankfilialen in fast allen großen Kaufhäusern, Hinweismaterial auf bestimmte Kreditgeber im Geschäftslokal des Händlers, das Anerbieten des Händlers, seinen Kunden bei einem bestimmten Kreditgeber telefonisch anzumelden. Auf vielen Kreditformularen erscheint die Spalte "Verwendungszweck" und eine Rubrik für eine Auszahlungsanweisung an einen Händler oder aber der Vertrag wird mit einem Überweisungsauftrag vom Kreditkonto des Kunden zusammen abgeschlossen. Bei manchen Formularen erscheint der Verwendungszweck nur auf der Durchschrift für den Kreditgeber [1], während wieder andere Kreditgeber Verwendungszweck und Händler nur mündlich erfragen und auf einem gesonderten Blatt festhalten. Schließlich würde der Lageplan von großen Geschäftshäusern und Kreditinstituten in Geschäftsvierteln den wirtschaftlichen Zusammenhang auch als direkte räumliche Beziehung sichtbar machen, wobei die Geschäftsbanken, Teilzahlungsbanken und Sparkassen sich z. T. das Gebiet in der Weise aufteilen, daß sie in Räumen geringer Nachfrage nicht durch überflüssige Konkurrenz ihre Rentabilität gefährden [2]. Sie werden dann faktisch für bestimmte Händler zuständig.

Alle diese Beziehungen sind nicht Grund, sondern Ausdruck der wirtschaftlichen Akzessorietät der Geldleistung zum Warenerwerb im Konsumentenkredit. Sie bestätigen nur, daß der Leistungsinhalt der Kreditgeber grundsätzlich durch den sozialen Zweck der Vermittlung des persönlichen Verbrauchs ausgefüllt wird.

---

1) So bei der BHI

2) Dies braucht nicht durch Marktabsprache zu erfolgen, sondern ergibt sich zwangsläufig daraus, daß die eine Bank in Randgebieten nicht neben die andere Bank ihre Filiale baut.

Die Sicht des Verbrauchers, daß jeder Konsumentenkredit seinen gesellschaftlichen Sinn erst durch den Bezug zur Konsummöglichkeit erhält, ist somit auch objektiv richtig, da sie die Wertbestimmung des Geldes in funktionaler und genetischer Hinsicht wiedergibt und sich der Zusammenhang auch in der Erscheinungsform widerspiegelt. Demgegenüber ist die Sicht der Kreditgeber und der herrschenden Zivilrechtsdogmatik, wonach die Kreditgewährung ihren Inhalt in Überlassung, Belassung einer Geldsumme hat und das Synallagma auf den formalen Austausch von Geldüberlassung auf Zeit gegen Geld, auf Hingabe des Geldes um seiner vermehrten Zurückgewinnung willen, kurz auf Gewinnmaximierung reduziert ist, in einer Interpretation, die das Sozialstaatsprinzip ernstnimmt, nicht mehr ausreichend.

d) Die dogmatische Einordnung des Konsumzwecks in das Darlehen

Aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich, daß Wert und Inhalt der Leistungspflicht des Kreditgebers nicht nur aus der Sicht des Konsumentenkreditnehmers, sondern auch objektiv entscheidend durch den Zweck der Vermittlung einer individuellen Konsumtion geprägt sind. Dieser soziale Zweck wird durch die Erwartungen des Kreditnehmers bei Vertragsschluß regelmäßig auf ein bestimmtes Konsumgeschäft konkretisiert. Die Überlassungs- und Belassungspflicht des Kreditgebers bezieht sich nach einer sozialen Interpretation daher einmal auf den Träger des Vermittlungsprozesses, ein bestimmtes Quantum an Kaufkraft, zum anderen auf die Gewährleistung der Funktionsbestimmung und damit den Wert der Kaufkraft. Wie der zweite Aspekt, die Funktionsbestimmung, dogmatisch einzuordnen ist, läßt sich an der Rechtsnatur der Gewährleistungsrechte in den Erwerbsgeschäften deutlich machen, in denen die individuelle Konsumtionsmög-

lichkeit in Natur erworben wird.

Im Kauf-, Miet- und Werkvertragsrecht hat sich der Gesetzgeber nicht wie im Darlehen darauf beschränkt, die Leistung des Wertträgers für den Käufer, die Ware, als vertragliche Leistungspflicht genügen zu lassen, sondern sich in den Gewährleistungsansprüchen dazu bekannt, daß die Verträge üblicherweise auch den subjektiven Wert der Ware im Erwartungshorizont des Käufers, d. h. seinen Gebrauchswert, schützen. Nach dem herrschenden subjektiven Fehlerbegriff entscheidet "der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauchszweck" [1], darüber, ob eine Sache mangelhaft ist.

Die §§ 459 ff. BGB regeln daher die Verfehlung des sozialen Zwecks von Gütern, allerdings beschränkt auf die Zweckstörungen, die sich aus der Beschaffenheit der Sache selber ergeben [2]. Daß diese physische Beschaffenheit jedoch nicht den Ausschlag gibt, sondern letztlich der Gebrauchswert allein, zeigen die Urteile, die die Lage eines Grundstücks, die Unbebaubarkeit des Nachbargrundstücks oder aber langfristige Bausperren als Fehler im Sinne der §§ 459 ff. BGB angesehen haben [3].

Während der "Gebrauchswert des Geldes" für den Konsumentenkreditnehmer in der hierdurch vermittelten individuellen Konsumtion liegt, erfüllt auch die Kaufsache als Ware eine doppelte Funktion: als Träger von Tauschwert dient sie der Realisierung und Liquidierung von Kapital, als Träger von Gebrauchswert dient sie der Befriedigung der Bedürfnisse

---

1) Larenz, Schuldrecht, II. Bd., S. 34; RGZ 99, 147; BGHZ 16, 55; Fabricius, Schlechtlieferung und Falschlieferung beim Kauf, JuS 64, 1 ff.
2) Fabricius, a.a.O.
3) Vgl. RGZ 161, 332; BGHZ 34, 32; Larenz, a.a.O. S. 35

der Menschen [1]. Zwischen beiden Wertausdrücken besteht im einzelnen Geschäft keine unmittelbare Beziehung. Allein wenn die Ware untergeht werden, da sie Träger der doppelten Wertbestimmung ist, sowohl Tauschwert als auch Gebrauchswert vernichtet. Im übrigen dient der Gebrauchswert als Motiv des Käufers bei der Realisierung des Tauschwertes. Dieser bestimmt sich auf dem Markt nach den Prinzipien der Konkurrenz, d. h. aus Kosten und Durchschnittsgewinn. In dem Augenblick, in dem die Ware gekauft wird, hat sich ihr Tauschwert realisiert, da der Verkäufer statt über die Ware über ihren Geldwert in Form einer Geldforderung verfügen kann. Die Beschaffenheit der Ware ist dabei unerheblich, da es ohnehin nur einen Maßstab für den realisierbaren Tauschwert gibt, nämlich daß dieser Wert im Vertrag anerkannt worden ist, d. h. daß die Ware einen Käufer für den geforderten Preis gefunden hat, mag sie objektiv noch so sinnlos und sogar schädlich erscheinen. Genau diese Tauschwertrealisierung ist im formalen Synallagma des Vertrages berücksichtigt. Der Gebrauchswert bleibt prinzipiell im Bereich der Motive, denen das Gesetz nur ausnahmsweise Beachtung schenkt. Daraus erklärt sich das Paradox der Sachmängelhaftung. Raape [2] drückt dies folgendermaßen aus: "Und wie steht es mit der Beschaffenheit der Sache, mit dem Sosein, mit der essentia? Damit kommen wir zu dem neuralgischen Punkt. ... So stehen wir also vor einer merkwürdigen Erscheinung: Der Käufer soll die Sache in dem vertragsmäßigen Zustand erhalten, das gebührt ihm, aber was ihm gebührt, kann er nicht verlangen. ... Wie soll man nun diese eigentümliche Regelung (§§ 459 ff. BGB, d. Verf.) juristisch erfassen, wie ordnet man sie in unser System ein?"

---

1) Bzw. als Rohstoff oder Arbeitsmittel dient sie der Herstellung von Gütern im Produktionsbereich

2) Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf, AcP 150 (1949), S. 481 ff. (482)

Daß der Kaufvertrag nach der Grundauffassung des BGB nur synallagmatisch ist, "soweit es sich um die Lieferung der Sache, ... nicht, soweit es sich um ihre Beschaffenheit handelt" [1], ist keineswegs "überraschend" [2]. Hinter der schlichten Erklärung bei Esser [3], dies sei, "weil für diese Pflicht ("Verbringung der Sache in fehlerfreie Beschaffenheit") im Geschäftsleben üblicherweise kein Raum ist", verbirgt sich die Abstraktion des vertraglichen Synallagmas von den sozialen Bestimmungen, bei der der Marktmechanismus allein um seiner selbst willen zu erhalten ist. Danach ist der Gebrauchswert eben keine "essentia" und dem Käufer "gebührt" nicht schon aus der Austauschlogik eine "für sein gutes Geld gute Ware" [4]. "Gut" ist danach allein die Ware, die ihren Preis bringt. Übrig bleibt dann nur, diesen Konsumzweck bzw. den Gebrauchswert der Ware über die Parteivereinbarung in den Kaufvertrag hineinzunehmen [5], woraus sich konsequenterweise auch die Folge ergibt, daß die Sachmängelhaftung ausgeschlossen werden kann, ohne daß die Natur des Kaufvertrages verändert wird. Will man dies vermeiden, so bleibt nur die Möglichkeit, die Hilfskonstruktion eines Wegfalls der subjektiven Geschäftsgrundlage [6] anzuwenden, die ja auch beim finanzierten Abzahlungskauf nach herrschender Lehre [7] den Schlüssel zur Verbindung von Konsum und Kredit bieten soll.

In dem Maße, wie der Marktmechanismus sich als unfähig

---

1) Raape, a.a.O. S. 483; ebenso Esser, Schuldrecht Bd. 2, S. 31; Larenz, Schuldrecht 2. Band, S. 56 m. w. Nachw. Fn. 2 S. 54
2) Raape, a.a.O.
3) A.a.O. S. 31
4) Raape, a.a.O. S. 484
5) So Raape, a.a.O. S. 484
6) Oertmann nach Raape, a.a.O.
7) Vgl. dazu oben S. 224

erweist, eine optimale Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten, erweist sich für den Einzelfall die Reduktion auf den Austauschzweck, d. h. das formale Synallagma, geradezu als Garantie zunehmender Verfehlung dieses Zwecks und als Mittel, das Recht und mit ihm staatliche Gewalt einseitig zu funktionalisieren. Dieser Tendenz kann nur dadurch entgegengewirkt werden, daß die Erreichung des Gebrauchs- und Verbrauchszweckes im Rahmen der typischen Gebrauchswertempfehlungen, wie sie die §§ 459 ff., 537 ff., 633 ff. BGB beschrieben haben, als Bestandteil der Hauptleistungspflicht sichtbar gemacht wird, da sie entscheidend die Natur eines Vertrages im Konsumbereich bestimmen. Die Konsequenz hieraus, daß die Verpflichtung, diese Konsumzwecke zu gewährleisten, nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, ohne daß der Vertrag seinen sozialen Sinn verlöre, hat der Gesetzgeber bereits im Ansatz durch § 537 Abs. 3 BGB sowie für Neuwaren in § 11 Ziff. 10 i. V. mit § 24 Abs. 1 AGB-G gezogen. Die Rechtsprechung hatte über §§ 242, 157 BGB schon seit längerem diese soziale Konsequenz gezogen [1]. Eine solche dogmatische Einbeziehung der sozialen Zwecke in die Hauptleistungspflicht, soweit ihre gesetzliche oder vertragliche Anerkennung reicht, wird von der herrschenden Meinung inzwischen für den Mietvertrag [2], Werkvertrag [3] und jetzt wohl auch für den Kaufvertrag [4] anerkannt, wobei

---

1) Vgl. insbesondere BGH NJW 57, 17

2) Palandt-Putzo, BGB, Einf. v. § 535 Anm. 2 a aa; Larenz, Schuldrecht, II. Band, S. 136; Esser, Schuldrecht, Bd. 2, S. 95; BGHZ 19, 85 (93); vgl. auch Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Hrsg. Reichs-Justizamt) Band II, S. 130

3) Hier auch Larenz, Schuldrecht, II. Bd., S. 228; BGHZ 26, 337 (340); NJW 63, 805 (806)

4) RGRK-Mezger, BGB, § 459 Rdn. 29; Dilcher, Schuldrecht, Besonderer Teil, S. 52, bezeichnet dies als h. M.; Staudinger-Ostler, BGB, Vorbem. zu § 459, Rdn. 3; Erman/Böhle-Stamschräder, BGB, § 459 Rdn. 3; BGHZ 34, 32 (33/34) implizit; vermittelnd Esser, a.a.O., S. 95, der von einem unvollständigen Synallagma spricht, jedoch die Mangelfreiheit nicht zur Hauptleistungspflicht zählt; a. A. auch Larenz, Schuldrecht, II. Bd., S. 56; Raape AcP 150 (1949), S. 483; weitere Nachw. bei Larenz, a.a.O. S. 54 Fn. 2

die allgemeinen Vorschriften der §§ 119 ff., 320 ff. BGB lediglich durch die Spezialregeln über Gewährleistung nach dem Prinzip der Spezialität verdrängt werden sollen. Die konstruktive Begründung hierfür liegt jedoch in der Notwendigkeit der Einbeziehung sozialer Funktionen in formalisierte Austauschbeziehungen. Sie gilt daher auch für den Darlehensvertrag.

Die Pflicht des Kreditgebers zur wertmäßigen Gewährleistung des durch den Kredit vermittelten Konsumgütererwerbs ist daher entsprechend als Bestandteil seiner Hauptleistungspflicht anzusehen, durch den die Natur der Konsumentenkreditverhältnisse in den Formen von Darlehen und Stundung entscheidend geprägt ist.

3. Die Verfehlung des Konsumzwecks als Leistungsstörung im Kreditverhältnis

Der soziale Zweck der Leistung des Kreditgebers ist unmittelbar verbunden mit dem sozialen Zweck des Veräußerers im Erwerbsgeschäft, das der Kredit vermittelt. Wird daher dessen Zweck verfehlt, so zeigt sich entsprechend auch im Konsumentenkreditgeschäft eine Zweckverfehlung wie dies im Händlerkredit noch unmittelbar deutlich ist.

Fraglich ist, mit welchen Vorschriften diese Akzessorietät der Kreditleistung zur Warenleistung bewältigt werden kann.

a) Die Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB auf Störungen des Konsumzwecks

Das BGB kennt für die einzelnen Konsumverhältnisse spezielle Vorschriften, in denen das Ausmaß der Verpflichtung zur Gewährleistung des Gebrauchswertes des erworbenen Gegenstandes bzw. des vereinbarten Erfolges geregelt ist. Da die

darin festgelegten Haftungsmaßstäbe und -folgen auch den Zweck des jeweiligen Konsumentenkredits regeln, würde sich eine Analogie zu diesen Vorschriften im Kreditverhältnis anbieten, da der Wert der Kaufkraft durch den "Mangel" der hierdurch erworbenen Ware beeinträchtigt wird. Dem steht jedoch entgegen, daß der Gesetzgeber in den §§ 459 ff., 537 ff., 633 ff. BGB gerade daran anknüpfte, daß Verkäufer, Vermieter und Werkunternehmer den Gebrauchswert selber bereitzustellen haben und daher den Konsumzweck auch konkret beherrschen und beeinflussen können. Insbesondere das Nachbesserungsrecht der §§ 536 2. Alt., 633, 476 a BGB deutet darauf hin, daß die Haftungsfolgen an die Unterlassungen anknüpfen sollen, die dem Veräußerer aufgrund seiner Erfüllungspflicht und seinen konkreten Handlungsmöglichkeiten zuzurechnen sind.

In Abweichung von den allgemeinen Vorschriften der §§ 320 ff. 276 BGB werden hier dem Veräußerer Störungen kraft Gesetzes zugerechnet, weil sie in seiner Machtsphäre liegen. Diese vorausgesetzten Möglichkeiten der Mängelbeseitigung hat der Kreditgeber jedoch nicht. Er wird nur als Vermittler einer von einem Dritten vollzogenen Bereitstellung von Waren und Dienstleistungen tätig. Für ihn ist daher auch die eigene Vertragserfüllung schon dann unmöglich, wenn sich der Veräußerer beharrlich weigert, seinen Pflichten nachzukommen. Im übrigen würde auch bei analoger Anwendung der Gewährleistungsvorschriften im Kreditverhältnis dort eine Lücke bleiben, wo das Konsumverhältnis nicht zustande kommt oder sich als nichtig erweist. Die Gewährleistungsregeln finden daher nur dort Anwendung, wo wie im Händlerkredit der Kreditgeber zugleich Veräußerer ist und damit die entsprechenden Handlungsmöglichkeiten besitzt.

Wo Kreditgeber und Veräußerer getrennt sind, kommen daher allein die Vorschriften über Unmöglichkeit und Leistungsver-

zögerung (§§ 320-326 BGB) in Frage.

Die Gewährleistungsansprüche im Erwerbsgeschäft behalten jedoch ihre Bedeutung für die Feststellung, ob Verzug oder Unmöglichkeit vorliegen, da in ihnen implizit festgelegt ist, inwieweit der bestimmte Gebrauchswert einer Ware oder Dienstleistung als Erfüllung geschuldet ist, wodurch auch die Funktionsgarantie der bereitgestellten Kaufkraft eingeschränkt wird.

Haftet der Veräußerer hiernach für eine bestimmte Störung der Konsummöglichkeit nicht, so bedeutet dies, daß auch der Kreditgeber seiner ihm nach Vertrag und Gesetz obliegenden Erfüllungspflicht bezüglich der Erreichung des Konsumzwecks nachgekommen ist, so daß schon die objektiven Voraussetzungen der §§ 284, 326, 323-325 BGB nicht vorliegen. Der Kreditgeber schuldet daher nicht mehr als der Veräußerer im Konsumgeschäft.

In den Fällen, in denen die Konsummöglichkeit nur unvollständig eingeräumt wird, weil in der Person des Veräußerers ein mangelhafte Erfüllung vorliegt, liegt in der Person des Kreditgebers ein teilweises, vorübergehendes oder endgültiges Unvermögen vor, da die Kaufkraft nur einen Teil ihres versprochenen Wertes realisieren konnte und daher die Primärverpflichtung teilweise gestört ist.

Dort, wo die Konsummöglichkeit insgesamt entfällt, wie bei Nichtigkeit des Erwerbsgeschäftes, Konkurs des Händlers vor der Erfüllung oder bei Nichtzustandekommen des Erwerbsgeschäftes liegt dann insgesamt Unvermögen oder Leistungsverzögerung vor. Wann eine Verzögerung der Erfüllung als Unvermögen zur Leistung anzusehen ist, bestimmt sich danach, wie lange dem Kreditnehmer nach dem bei Vertragsschluß

vorausgesetzten Zeitrahmen ein Warten auf die Erfüllung nach Treu und Glauben zugemutet werden kann [1]. Da in den Fällen der Leistungsverzögerung das Erwerbsgeschäft in Vollzug gesetzt ist, wird dieser Zeitrahmen nach den dort getroffenen Bestimmungen und gesetzlichen Regeln bestimmt. Wird dem Kreditnehmer im Erwerbsgeschäft zugemutet, auf die Beseitigung von Leistungsstörungen zu warten, so liegt auch im Kreditverhältnis kein Unvermögen vor, weil die Pflicht im Kreditverhältnis insoweit durch die Pflichten im Erwerbsgeschäft konkretisiert werden.

b) Verzögerung bei der Erreichung des Konsumzwecks (§§ 320, 326 BGB)

Die wichtigsten Fälle der Verzögerung bei der Erreichung des Konsumzwecks ergeben sich daraus, daß der Veräußerer das versprochene Konsumgut oder die versprochene Dienstleistung verspätet bereitstellt oder aber seiner Erfüllungspflicht dadurch verspätet nachkommt, daß er aufgetretene Mängel der Sache nicht beseitigt. Nach der hier vertretenen Auffassung verzögert sich damit auch die vollständige Erfüllung des Kreditgebers im Konsumentenkreditverhältnis. Da er in der Bereitstellung der Darlehensvaluta als Träger der Kaufkraft einen Teil seiner Hauptleistungspflicht erfüllt hat, steht dem Schuldner die "Einrede des nicht vollständig erfüllten Vertrages" zu [2], wobei allerdings zu prüfen ist, ob die Konsummöglichkeit nach dem Inhalt des Erwerbsgeschäftes überhaupt schon fällig war.

---

1) Vgl. Erman-Battes, BGB, § 284 Rdn. 6; dazu ausführlich unten S. 403 f.

2) Staudinger-Kaduk, BGB, Rdn. 16; vgl. auch BGHZ 26, 337 bei Mängeln am bestellten Werk; ferner BAG NJW 64, 883 (884) wegen der Zurückbehaltung bei menschenunwürdiger Behandlung durch den Arbeitgeber, wo auch der soziale Zweck der Arbeit als Selbstverwirklichung der Arbeitnehmer über den Austausch von Arbeitskraft und Lohn hinaus im Synallagma berücksichtigt wurde.

Da die Ratenzahlungspflicht des Kreditnehmers zur Pflicht des Kreditgebers synallagmatisch ist [1], kann der Kreditnehmer daher gemäß § 320 BGB prinzipiell seine Raten so lange zurückhalten, bis der Konsumzweck erfüllt ist [2].

Als Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) [3] unterliegt dieses Zurückbehaltungsrecht jedoch Einschränkungen, die auch den besonderen Verhältnissen im Konsumentenkredit gerecht werden. Kleinere Mängel oder Verzögerungen von geringer Dauer, bei denen die Erfüllung absehbar ist, berechtigen gemäß § 320 Abs. 2 BGB nicht zur Zurückbehaltung der Raten. Als Maßstab werden in der Rechtsprechung der drei- bis fünffache Wert der nicht erfüllten Forderung angegeben [4]. Außerdem entfällt das Zurückbehaltungsrecht, wenn die Störung auf ein Verhalten des Gläubigers zurückgeht, da der Vertragspartner, der selber diesen Erfolg verschuldet hat, nach Treu und Glauben sich nicht auf die Vertragsuntreue des anderen berufen kann. Dies ist auch auf solche Fälle auszudehnen, in denen der Kreditnehmer keine Anstrengungen unternommen hat, um eine entsprechende Störung abzuwehren oder ihre Dauer einzuschränken (Gedanke des § 254 BGB).

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß ein Zurückbehaltungsrecht immer dann ausgeschlossen ist, wenn die Störung auf Umständen beruht, die in der Sphäre des Kreditnehmers liegen. [5]

---

1) Dazu siehe oben S. 297 ff.
2) § 320 BGB gilt auch bei unvollständiger oder nicht gehöriger Leistung - Palandt-Heinrichs, BGB, § 320 Anm. 2 c bb
3) Palandt-Heinrichs, BGB, § 320 Anm. 2 b
4) OLG Hamburg MDR 70, 676; vgl. im einzelnen Palandt-Heinrichs, BGB, § 320 Anm. 2 c bb
5) Dazu unten S. 332 ff.

Da der Kreditnehmer bereits die Darlehensvaluta als Leistung angenommen hat, obliegt ihm der Beweis der nicht gehörigen Erfüllung [1]. Mit diesem Zurückbehaltungsrecht, das gemäß § 11 Nr. 2 AGB nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden kann, erhält der Einwendungsdurchgriff damit seine konstruktive dogmatische Basis im Kreditverhältnis selber und zwar für alle Fälle, in denen die Leistung nur verzögert und nicht unmöglich geworden ist.

Ob über das Zurückbehaltungsrecht hinaus die Verzugsfolgen des § 326 BGB eintreten, hängt davon ab, ob die Kreditgeber eine Verzögerung gemäß §§ 285, 276 BGB zu vertreten haben. § 276 BGB knüpft dabei an die individuelle Beherrschbarkeit von Schäden und Störungen durch den Verpflichteten an. Gerade die Nichterfüllung einer bestimmten Pflicht muß nach §§ 285, 276 BGB subjektiv vorwerfbar sein. Das Verhalten Dritter soll dabei regelmäßig nicht zur individuellen Verantwortlichkeit führen, wie sich aus den besonderen Zurechnungsregeln der §§ 278, 831 BGB ergibt, es sei denn, es läge eine besondere rechtsgeschäftliche Garantieübernahme vor oder das Gesetz enthält verschuldensunabhängige Haftungstatbestände.

In den freien Krediten, die über 90 % der Kredite ausmachen, wird die Leistungsverzögerung jedoch regelmäßig durch Umstände herbeigeführt, die zumindest nicht in der unmittelbaren Einflußsphäre des Kreditgebers liegen und ihm daher nach § 276 BGB nicht unmittelbar zugerechnet werden können. Für diese Fälle scheidet daher eine Anwendung des § 326 BGB aus.

Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen auch bei freien Kre-

---

1) Vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, § 320 Anm. 3 c

diten ein besonderer Haftungsgrund gegeben ist. Überweist der Kreditgeber z. B. verspätet an den Veräußerer oder überweist er die angewiesene Summe irrtümlich an einen Falschen, so ergibt sich sowohl nach den Regeln des formalen wie auch unter Berücksichtigung des sozial interpretierten Synallagmas Verzug. Das gleiche gilt aber auch, wenn der Kreditgeber, wie z. B. in einer Klausel der City-Kredit-GmbH-Berlin, als Darlehen nicht die erwartete Summe, sondern einen niedrigeren Betrag nach seiner Wahl als vereinbart gelten lassen kann. Wird durch die unerwartet geringe Überweisung der geforderte Preis im Erwerbsgeschäft nicht gedeckt, so geht die Verzögerung auf ein Verhalten des Kreditgebers zurück, das zumindest als fahrlässig bezüglich der Verzögerung zu bewerten ist.

Eine schärfere Haftung ergibt sich dagegen dann, wenn Kreditgeber und Händler nachweislich konkret zusammenarbeiten, wie in den Formen des finanzierten Abzahlungsgeschäftes. Der Kreditgeber bedient sich dann, gleichgültig, ob dies nur in einem Fall oder in ständiger Zusammenarbeit erfolgt, bewußt und gewollt des Händlers bei der Erfüllung seiner Pflichten zur Erreichung des Konsumzwecks. Gemäß § 278 BGB hat er daher auch ein Verschulden des Händlers wie eigenes Verschulden zu vertreten.

c) Unvermögen bei der Erfüllung des Konsumzwecks (§§ 323 - 325 BGB)

Unvermögen des Kreditgebers tritt ein, wenn das Konsumgeschäft nicht zustande kommt, aus irgendeinem Grunde sich als nichtig erweist oder der Veräußerer wegen Konkurs oder aus anderen Gründen die versprochene Leistung nicht erbringen kann. Bei mangelhafter Bereitstellung der Konsummöglichkeit ist je nach dem Ausmaß der Mängel teilweises oder vollständiges Unvermögen anzunehmen, wenn der Veräuße-

rer zu einer Beseitigung der Mängel nicht willens oder in der Lage ist, wenn ein Abwarten dem Kreditnehmer auf Nachbesserung nicht mehr zumutbar ist oder wenn durch Wandlung oder Minderung die Erfüllung der Primärverpflichtung ausgeschlossen ist. Je nachdem, wer dieses Unvermögen zu vertreten hat, treten an die Stelle der Primärleistung die Regeln der §§ 323, 324 oder 325 BGB.

(1) Vom Kreditgeber zu vertretendes Unvermögen (§ 325 BGB)

Der Kreditgeber haftet gemäß §§ 325, 276 BGB für vorsätzlich oder fahrlässige Verletzung von Handlungspflichten, die in seiner persönlichen Rechtssphäre liegen [1]. Damit werden zunächst die Fälle erfaßt, in denen die Störung im Konsumverhältnis auf unmittelbare Einwirkungen des Kreditgebers zurückgehen. Dies ist dann der Fall, wenn bei Auszahlung der Darlehensvaluta nach Umfang und Zeitpunkt entgegen den Erwartungen bei Abschluß des Kreditvertrages in einer Weise verfahren wurde, daß entweder die Konsummöglichkeit nicht bereitgestellt werden kann (der Reiseveranstaltervertrag wird nicht erfüllt, weil die Zahlung nicht rechtzeitig vor Antritt der Urlaubsreise eingeht) oder aber der Veräußerer bei Minderauszahlung sein Zurückbehaltungsrecht geltend macht und der fehlende Geldbetrag nicht bereitgestellt wird.

Hier kommt es im einzelnen auf die Auslegung des Kreditvertrages an. Mit Klauseln, nach denen sich der Kreditgeber die Bestimmung der Höhe des Kredits vorbehält, gefährdet er regelmäßig fahrlässig die Erfüllung des Konsumzwecks. Der Kreditgeber hat ferner die Unfähigkeit des Veräußerers zur Bereitstellung der Konsummöglichkeit durch Konkurs zu vertreten, wenn er die drohende Insolvenz des Veräußerers

1) Vgl. v. Schenck, Der Begriff der "Sphäre", S. 261

kannte oder kennen mußte. Nach § 276 BGB ist nämlich nicht nur die unmittelbare Einwirkung zurechenbar, sondern auch das Unterlassen zumutbarer Abwendung an sich vom Schuldner nicht zu vertretender Störungen des Leistungserfolges [1]. Der Bundesgerichtshof [2] hat hierzu ausgeführt: "Im Rahmen der §§ 275, 285, 325, 326 BGB muß auch eine nicht unmittelbar verschuldete Unmöglichkeit oder Verzögerung als vom Schuldner zu vertreten angesehen werden, wenn er bei Vertragsschluß bei gehöriger Überlegung mit einem solchen Ausgang rechnen mußte." Arbeitet ein Kreditgeber mit einem Veräußerer konkret zusammen, so ist ihm zuzumuten, dessen Solvenz zu prüfen. Im Rahmen finanzierter Abzahlungsgeschäfte muß er daher Insolvenzrisiken beim Veräußerer kennen und den Kreditnehmer hiervor konkret warnen. Unterläßt er dies, so hat er das daraus entstandene Unvermögen zu vertreten. Für die Feststellung konkreter Zusammenarbeit genügt dabei nicht erst kapitalmäßige Verflechtung oder ein Rahmenvertrag. Schon der räumliche Zusammenhang (Bank ist im selben Gebäude wie der Veräußerer) oder die Anwesenheit von Kreditvermittlern in den Geschäftsräumen des Veräußerers ist hierfür ausreichendes Indiz. Das gleiche gilt bei freien Krediten, wenn der Kreditgeber von der mangelnden Solvenz wußte, was allerdings der Kreditnehmer zu beweisen hätte [3]. Da bei konkreter Zusammenarbeit der Veräußerer Erfüllungsgehilfe des Kreditgebers bezüglich der Erreichung des Konsumzwecks ist, haftet er auch für dessen Verschulden gemäß § 278 BGB.

In allen diesen Fällen kann der Kreditnehmer somit das vierfache Wahlrecht des § 325 BGB ausüben und aufgrund seiner Gegenforderung gemäß § 273 BGB die Raten zurückbe-

---

1) Esser-Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, Teilband 2, S. 7; RGRK-Nastelski, BGB, Anm. 34 zu § 275

2) DB 1970, 1070

3) Z. B. der Veräußerer steht bei der Bank auf der "schwarzen Liste" gefährdeter und kreditunwürdiger Unternehmen

halten oder aufrechnen.

(2) Vom Kreditnehmer zu vertretendes Unvermögen (§ 324 BGB)

Unvermögen, das auf "zu vertretende" Einwirkungen des Kreditnehmers in seiner persönlichen Rechtssphäre zurückgeht, befreit ihn gemäß § 324 BGB nicht von seiner Ratenzahlungsverpflichtung. Dabei hat sich in Rechtsprechung und Lehre die Meinung durchgesetzt, daß im Rahmen dieser Vorschrift § 276 BGB das "Vertretenmüssen" nicht ausfüllt. Insbesondere für die Fälle der Unmöglichkeit der Leistungsannahme sollen die gesetzlichen Vorschriften keine adäquate Regelung enthalten, da z. B. bei dem Problem, daß nach der Vergabe eines Abschleppauftrags das liegengebliebene Fahrzeug weiterfahren kann, § 276 BGB als Kriterium des "Vertretenmüssens" zu unbilligen Ergebnissen führt. Nach wohl herrschender Meinung soll es daher im Rahmen des § 324 BGB nicht auf subjektive Vorwerfbarkeit ankommen, sondern auf ein "Einstehenmüssen für ... sphäreneigene Leistungsstörungen." [1]

Die Begründung für diese bürgerlich-rechtliche Sphärentheorie sieht man in Anlehnung an § 645 BGB darin, daß der Gläubiger näher an der Substanz der Leistung sei als der Schuldner [2] oder aber weil die Rechtsfolgen des § 324 BGB eher der Verteilung der Vergütungsgefahr und damit der Abgrenzung eines Risikobereichs dienen statt Pflichtverletzungen zu sanktionieren [3]. Nach dieser Theorie würde es naheliegen, dem Kreditnehmer, der im einzelnen Konsumen-

1) Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung, S. 87; Larenz, Schuldrecht I. Bd., S. 286; Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. I, Teilbd. 1, S. 259; BGH LM Nr. 1, 5 zu § 324 BGB; Palandt-Heinrichs, BGB, § 324 Anm. 2 c; a. A. z. B. Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage, S. 20, 25

2) Köhler, a.a.O. S. 37

3) Beuthien, a.a.O. S. 79; vgl. auch v. Schenck, Der Begriff der Sphäre, S. 227 ff.

tenkreditverhältnis allein beim Erwerb der Konsummöglichk aktiv wird, sämtliche Störungen als Teil seiner Risikosphär zuzurechnen.

Dieses Ergebnis würde die Berücksichtigung der Gesellscha lichkeit der Funktionsabläufe im Synallagma des Konsumen- tenkredits durch eine Individualisierung der Zurechnungssph ren wieder aufheben. Technisch abgegrenzte Risikobereiche würden damit selbst das Rudiment sozialer Bewertung und Zurechnung, wie es im Schuldvorwurf des § 276 BGB noch enthalten ist ("die im Verkehr erforderliche Sorgfalt" (§ 27 Abs. 1 S. 2 BGB) eliminieren. Stattdessen ist nach der ge botenen sozialen Auslegung zumindest im Konsumbereich de umgekehrte Weg richtig. Die Haftungstatbestände des BGB sind unter Berücksichtigung gerade der sozialen Bedingunge und Zusammenhänge auszulegen. Die persönliche Rechtssph re, die das entscheidende Zurechnungskriterium des BGB b schreibt [1], ist im wesentlichen durch das Moment de Beherrschbarkeit von Gefahren gekennzeichnet [2]. Sie ist au die soziale Zurechnungssphäre zu erweitern, bei der die M mente gesellschaftlicher Beherrschung von Gefahren und Ri siken durch die Funktionsgruppe des Haftenden im Vorder- grund steht.

Ansätze hierzu liegen bereits im Begriff der objektiven Fal lässigkeit, in der Haftung für die durchschnittlichen Fähig- keiten einer Berufsgruppe [3], für die Kalkulierbarkeit poten tieller Störungen [4] oder für Organisationsverschulden bei Fehlern in der Produktion [5].

---

1) So zutreffend v. Schenck, Der Begriff der "Sphäre", S. 261
2) v. Schenck, a.a.O. S. 262
3) v. Schenck, a.a.O. S. 94
4) BGH DB 1970, 1070
5) BGH VersR 60, 855; BGH BB 71, 845; BGH NJW 73, 1602

Diese Konsequenz sozialer Zurechnung ist zuerst in der arbeitsrechtlichen Sphärentheorie gezogen worden, die sich nicht mehr durch die individuell-technische Beherrschbarkeit des Leistungssubstrats erklären läßt [1]. § 645 BGB ist nur Ausdruck einer formalen Sphärenaufteilung, deren soziale Bedeutung sich nicht aus dem BGB, sondern aus einer veränderten (sozialen) Betrachtung des Schuldverhältnisses ergibt. Das Reichsgericht führte hierzu bereits 1923 aus: "Das BGB steht also, den Verhältnissen seiner Entstehungszeit entsprechend, auf einem individualistischen Standpunkt. Inzwischen hat aber der Gedanke der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft Ausbreitung und Anerkennung gefunden, ...

Von diesen Gedanken und damit von den tatsächlichen sozialen Verhältnissen aus ergibt sich auch die Lösung im Sinne der Klägerin. Es handelt sich nicht mehr um das Verhältnis des einzelnen Arbeiters zum Arbeitgeber, sondern um eine Regelung zwischen zwei Gruppen der Gesellschaft, dem Unternehmertum und der Arbeiterschaft." [2]

Der Ansatzpunkt der Kritik war dabei richtig, falsch und politisch folgenschwer war die Verwechslung von Gesellschaftlichkeit und Klassenspaltung mit der Ideologie einer Gemeinschaft von Gruppen (Betriebs- und Volksgemeinschaft). In der arbeitsrechtlichen Sphärentheorie wird der Arbeitnehmer nicht als Gruppenmitglied, sondern als Träger seiner sozialen Funktion, die er mit allen Arbeitnehmern gemeinsam hat, angesprochen, deren Handlungen er sich allein aufgrund dieses objektiven Zusammenhangs, ohne daß er mit den "Veranlassern" gewerkschaftlich oder in sonstiger

---

2) RGZ 106, 272 (275)

1) Kalb, Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre, S. 52, gegen Söllner, "Ohne Arbeit kein Lohn", AcP 167 (1967), S. 132 (142 f.)

Weise verbunden sein muß, zurechnen lassen muß [1]. Dem Gemeinschaftsgedanken ist lediglich noch die Begründung mit dem Grundsatz der Arbeitnehmersolidarität [2] zuzuschreiben. Dieser Grundsatz erscheint jedoch kaum geeignet, die objektiv soziale Zuordnung zu überdecken, da nicht erkennbar ist, warum es Ausdruck der Solidarität der Arbeitnehmer untereinander sein soll, wenn sie dem Unternehmer ihren Lohnanspruch aufopfern.

Die Probleme dieser Sphärentheorie liegen darin, daß der Begriff der Sphäre für das Betriebsrisiko rechtlich noch keinen Verteilungsgrundsatz angibt, sondern nur die normative Zurechnung des Betriebsrisikos beschreibt. Geht man von einer sozio-ökonomischen Bewertung nach Verursachungs-, Einfluß- und gesellschaftlichen Beherrschungskriterien aus, so erweist sich gerade § 615 BGB als adäquater Verteilungsmaßstab des Risikos [3]. Da man offenbar gerade dieses Ergebnis jedoch vermeiden will, führen die "korrigierenden" normativen Kriterien wie Arbeitnehmersolidarität, Risikoteilung zwischen Lohn- und Unternehmerrisiko und Kampfparität [4] die Sphärentheorie wieder von "den tatsächlichen sozialen Verhältnissen" [5] fort.

Der Streit um Möglichkeiten und Reichweite der arbeitsrechtlichen Sphärentheorie ist hier jedoch unwesentlich. Wichtig ist, daß hier ein Ansatzpunkt sozialadäquater Erweiterung der Zurechnungsprinzipien des BGB gegeben ist. Darin wird zu-

---

1) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl. 1963 1. Bd. § 44 IV 2 c S. 351: "Dabei wurden die Arbeitnehmer nicht isoliert betrachtet ... und der einzelne mußte sich das Verhalten der Gemeinschaft zurechnen lassen."; RAGE 3, 116; RGZ 106, 272; BAG AP Nr. 2, 3 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko"; stdg. Rspr.; w. Nachw. bei Kalb, Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre, S. 22 ff.

2) So Brox, Grundbegriffe des Arbeitsrechts, S. 64; deutlicher die Herkunft aus der Lehre von der Betriebsgemeinschaft in RGZ 106, 272 (275 f.)

3) bis 5) siehe S. 336

gestanden, daß die individuelle oder subjektive Zurechenbarkeit erst ihren Sinn erhält, wenn zuvor geprüft ist, ob bestimmte Risiken und Gefahren überhaupt in der objektiv gegebenen sozialen Handlungssphäre des Betroffenen liegen, d. h. ob er sie als Mitglied seiner Funktionsgruppe gesellschaftlich beherrschen kann oder ob sich das subjektiv vorwerfbare Verhalten nur als Konkretisierung einer Risikowahrscheinlichkeit darstellt, die von anderer Seite gesteuert werden kann. Nur so erhalten die Haftungszuweisungen im Zivilrecht auch einen sozialen Sinn, indem sie Störungen und Schäden an die sozialen Führungsgrößen rückkoppeln, die sie potentiell vermeiden könnten [1]. Im Konsumbereich als Komplement des Arbeitsbereichs im gesellschaftlichen Reproduktionsprozeß oder Wirtschaftskreislauf sind diese Sozialsphären durch den Gegensatz zwischen gewinnorientierter Wirtschaft und gebrauchswertorientierten Verbrauchsinteressen vorgegeben. In diesen Sphären hat die objektive Zurechnung zu prüfen, wo Risiken steuerbar sind und wo eventuell aus risikobehafteten Wirtschaftsabläufen fließende gesellschaftliche Vorteile entstehen. Erst dann ist zu prüfen, inwieweit subjektive Handlungen vorwerfbar bleiben, weil sie gleichwohl bestimmte Erfolge negativ beeinflußt haben.

Tendenzen zu einer sozialen Zurechnungstheorie finden sich auch in der Literatur zum finanzierten Abzahlungsgeschäft, wo unter dem Druck des gewünschten verbraucherfreundlichen Ergebnisses gesellschaftliche und individuelle Zurechnungskriterien nebeneinander verwandt werden. So schreibt Esser [2],

---

3) von S. 335:
Krasnitzky, Die Lehre vom Betriebsrisiko - Eine ökonomisch orientierte Kritik juristisch-ökonomischer Argumente, Diss. Frankfurt/M. 1971 S. 59 ff.
4) Nachweise bei Kalb, a.a.O. S. 41 ff.
5) RGZ 106, 272 (275)

1) Vgl. zum Problem der ökonomischen Rationalität des Zivilrechts Horn, Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts, AcP 176 (1976) S. 307
2) Das Verhältnis von Kaufvertrag und Darlehensvertrag, a.a.O. S. 115

daß die Zurechnung des Insolvenzrisikos im Handel zum Kr geber zu dem "erfreulichen" Ergebnis führen könnte, daß d Kreditgeber dieses Risiko durch einen Risikoaufschlag auf d Zins gesellschaftlich verteilen würden und damit die "wirkli chen Kosten" des Kredits deutlich machen müßten. Gilles [1] führt die allgemeine Situation eines "organisatorischen Über wichts" (?) der Teilzahlungsbanken ebenso wie die gesellsch liche Verteilung des Risikos auf alle Kreditnehmer als Zure nungsfaktoren an. Ewald [2] führt gar das "ständige Steigen Dividenden derartiger Unternehmen" zur Stützung der von ih vertretenen Einheitstheorie an. Am deutlichsten wird der Trend zur gesellschaftlichen Zurechnung bei Th. Raiser [3], der ausgehend vom gesamten wirtschaftlichen Funktionsmech nismus danach fragt, in wessen "Sphäre die Störungen wur zeln" [4].

Diese bei Raiser letztlich doch nicht durchgeführte Analyse, soll im folgenden angedeutet werden.

(2.1) Die objektive Zurechenbarkeit nach der Verantwor tungssphäre

Die einfachste Begründung objektiver Zurechnung würde sich in der Umkehrung des Postulats der "Arbeitnehmersolidari tät" im Arbeitsrecht als "Unternehmersolidarität" zwischen Handel und Banken im Konsumrecht ergeben. Jedoch wird a hier deutlich, daß die Solidarität in einer Funktionsgruppe k

1) JZ 75, 312
2) Teilzahlungsfinanzierungs-Institut und Händler, MDR 1960,
3) Einwendungen aus dem Kaufvertrag ..., a.a.O. S. 469
4) A.a.O. S. 470. Die Antwort auf diese richtige Frage bleibt Th. Raiser jedoch schuldig. Über die bekannten Phänomene formaler Zusammenarbeit zwischen Banken und Handel im B-Geschäft hinaus muß sich der Leser damit begnügen, daß alle an einem reibungslosen Wirtschaftsablauf interessiert sind und der Teilzahlungskredit das Ziel habe, "daß eine möglichst große Zahl von Menschen sie (die Waren, U. R.) möglichst bald erwerben kann." (a.a.O. S. 469)

nen geeigneten Maßstab zur Haftung zugunsten der anderen Funktionsgruppe abgibt. Stattdessen kommt es entscheidend auf die gesellschaftliche Verantwortlichkeit und die Beherrschungsmöglichkeiten von Risiken an.

Zunächst ist die Frage zu klären, inwieweit den Kreditgebern insgesamt die aufgezeigten Risikokosten zuzurechnen sind, weil ihnen auch insgesamt die Vorteile verbleiben, falls die Risikokosten beim Verbraucher anfallen.

Die Interessen von Handel und Banken sind im Gegensatz zum Interesse der Verbraucher gleichgerichtet. Beide verkaufen eine Ware, um einen Gewinn zu erwirtschaften und damit ihr eingesetztes Kapital zu verwerten. Dieser Gewinn kann letztlich nur aus einem entsprechenden "Verlust" der lohnabhängigen Verbraucher herrühren, da er sich aus der Preis (Zins-) -Kosten-Differenz ableitet.

Zwischen dem Handel und den Banken besteht bei gleichgerichteten Interessen keine Konkurrenz, da die Banken für den Absatz ihrer Konsumentenkredite und damit für ihren Gewinn auf den Absatz des Handels angewiesen sind. Nur gemeinsam gelingt es beiden, ihr Kapital in dem Ausmaß zu verwerten, wie es der Konsumentenkredit im Bereich hochwertiger und langlebiger Konsumgüter erlaubt.

Die Banken haben somit ein Interesse daran, daß der Handel möglichst viel absetzt, was eine Finanzierung erforderlich macht. Die Förderung des Absatzes hochwertiger und langlebiger Verbrauchsgüter wird daher auch aktiv durch die Bankenwerbung betrieben.

Die Banken haben aber auch gerade bei Insolvenzen im Han-

del mit diesen gemeinsame Interessen gegenüber dem Verbraucher. Die Insolvenz eines Händlers bedeutet, daß der Konsument etwaige Mängelrechte oder Rückabwicklungsrechte nicht mehr durchsetzen kann. Er muß sich zumeist mit der Konkursquote bescheiden. Die Konkurs- oder Vergleichsmasse ist um die Differenz zwischen Konkursquote und dem Wert des Rechtes des Verbrauchers bereichert. An dieser Bereicherung haben aber vor allem die Banken ein wesentliches Interesse, da sie in der Regel die Hauptgläubiger der zahlungsunfähigen Händler sind. Die Banken sind aber gleichzeitig auch die wesentlichen Urheber der Insolvenzen. Nach einer Umfrage der Schimmelpfeng-Marktforschung, Frankfurt/M. bei 92 Konkursverwaltern im November 1974 ergab sich, daß an erster Stelle der Konkursgründe "Verteuerung der Bankzinsen" genannt wurden, und an vierter Stelle von 20 Gründen folgte die "Verknappung des Geldes durch die Banken" [1]. Die Insolvenzen kommen dabei den Banken insofern zugute, als sie zu einer Konzentration im Einzelhandelsmarkt führen, die wiederum zu einer Umsatzsteigerung und auch zusätzlich zu einer durch die Monopolstellung bedingten relativen Gewinnsteigerung der großen Handelskonzerne führt, an denen wiederum die Banken maßgeblich beteiligt sind [2].

Der Rückgang der Einzelhandelsgeschäfte von 445 000 im Jahre 1962 auf 345 000 im Jahre 1975 spiegelt sich dabei in der Zunahme der Marktanteile der Großunternehmen von 26 %

---

1) Nach TW 75, 3/32

2) Diese Konzentrationspolitik macht selbst vor Umsatzriesen wie "Neckermann" nicht halt. So schreibt die Frankfurter Rundschau v. 2. VII. 1976 zur Fusion von Karstadt und Neckermann: "Freilich ist inzwischen deutlich geworden, daß vor allem die Banken ein gewichtiges Wort mitgeredet haben - allen voran die Dresdener als Hausbank, deren Vorsitzender Ponto die erste Karstadt-Variante auf den Verhandlungstisch gelegt haben soll. Die Banken machten es auch möglich - durch Umwandlung der Verbindlichkeiten von 'kurz auf lang', daß Josef Neckermann mit dem nötigen Rückhalt verhandeln konnte."

1962 auf 47 % 1975 wider [1].

Noch größere Werte dürften jedoch dadurch beim Handel verbleiben, daß die Verbraucher vor den formellen Durchsetzungsbarrieren resignieren. Auch wenn der Händler noch zahlungsfähig ist, bedeutet dies noch nicht, daß er für alle Mängel des Konsumgutes, für Täuschungen seiner Vertreter oder für sonstige Fehlleistungen einzustehen hat, da der verschuldete Verbraucher die Mittel staatlicher Durchsetzung kaum einsetzen kann. Nach der Untersuchung von Blankenburg u. a. [2] in Freiburg gab es bei den ausgewerteten Prozessen kaum einen Prozeß eines klagenden Privaten gegen einen Geschäftsmann oder eine juristische Person, während die umgekehrte Konstellation 45 % der Prozesse ausmachte [3]. Gerichte mit ihren hohen Prozeßkostenrisiken, langen Prozeßdauer, der Unsicherheit der Rechtsprechung im Verbraucherrecht, der Formalisierung der Verfahren und den Beweisvorteilen der Verkäufer, die sich auf die von ihnen entworfenen AGB stützen können, sind heute kein adäquates Instrument mehr in der Hand der Verbraucher [4]. Die Kompliziertheit von Garantieregelungen und Garantiefristen, bei denen es auch dem Juristen schwerfällt zu entscheiden, ob hier ein Mehr oder Weniger gegenüber den gesetzlichen (§ 11 Nr. 10 AGB-G) und nichtrechtlichen Mindeststandards gewährt wird, machen die gerichtliche Durchsetzung oft unzumutbar. Hinzu kommt der verwirrende Um-

---

1) TW 76, 1/20; vgl. zum Ganzen Jarowinsky, Monopolisierung im Einzelhandel der BRD, IPW-Forschungshefte 2, 1972 (Berlin/DDR) insbes. S. 24 ff.; Fabiunke/Hofmann/Uhlig, Der Binnenhandel im staatsmonopolistischen Kapitalismus der BRD, Berlin (DDR) 1972 S. 75 ff.

2) E. u. V. Blankenburg/Morasch, Der lange Weg in die Berufung, S. 82 f.

4) Vgl. zum Ganzen Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen zum Verbraucherschutz im Abzahlungsrecht, Kap. 10; Reifner, Das System der Rechtsberatung in der Bundesrepublik Deutschland - Probleme und Tendenzen, JZ 76, 504; Reifner, Unentgeltliche Rechtsberatung für sozial Schwache in West-Berlin, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 5 1978; Baumgärtel, Gleiches Recht für alle, 1976; Fechner Kostenrisiko und Rechtswegsperre, JZ 69, 349

3) Ebenso bei Zahlungsbefehlen, Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen aaO, S. 308

stand, daß dem Verbraucher hier zwei Partner gegenüberstehen, wobei ihm der Partner, an den er den "Kaufpreis" in Raten zurückzuzahlen hat, als der eigentliche Kontrahent in seiner individuellen Konsumtion erscheinen muß. Je geringer die faktische Haftung des Handels für Fehlerquellen im Absatz von Konsumgütern ist, desto geringer sind seine Kosten. Hinzu kommt, daß auch Kosten für Fehlerprävention entfallen, da die Handelsgeschäfte, gezwungen durch das erwerbswirtschaftliche Prinzip, nur dort investieren, wo Gewinne erzielt oder Kosten vermieden werden können.

An diesen Gewinnen partizipieren auch die Banken. Sie finanzieren nicht nur den privaten Konsum, sondern ebenso den Warenumschlag des Handels mit Investitionskrediten. Die dabei erwirtschafteten Zinsen bedeuten Kosten für den Händler, die aus dem Ertrag seines Geschäftes erwirtschaftet werden müssen. Daß dieser Zinsanteil nicht unerheblich ist, ergibt sich aus folgenden Zahlen aus dem Jahr 1972 zu wichtigen konsumentenkreditabhängigen Handelsbranchen, wenn man den Reingewinn (= Unternehmerlohn) den Zinsen auf das Eigenkapital sowie den Zinsen auf das Fremdkapital, jeweils ausgedrückt in einem Prozentsatz vom Gesamtumsatz, gegenüberstellt:[1]):

	Reingewinn	Zinsen für Eigenkapital	Zinsen für Fremdkapital
Möbeleinzelhandel	2,6 %	0,9 %	0,7 %
Radio- u. Fernseheinzelhandel	3,8 %	0,8 %	0,6 %
Eisenwaren und Hausratseinzelhandel	3,5 %	1,0 %	0,9 %

1) Nach Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels, 26. Arbeitsbericht 1973, S. 125 ff.

Die externen Kapitalgeber und das sind insbesondere die Banken, nehmen mit einem Prozentsatz zwischen 15 und 25 % an den Erträgen der Handelsunternehmen teil [1]. Je besser die Ertragslage der Handelsunternehmen ist, desto größer ist die Möglichkeit der Banken, an diesem Ertrag durch höhere Zinsen auch proportional beteiligt zu werden. Da die Kreditaufnahme und Investitionsbereitschaft des Handels von der prospektierten Ertragslage ausgeht, bei der die voraussichtlichen Zinsen des Fremdkapitals einen Kostenfaktor darstellen, bedeutet eine Aussicht auf höhere Gewinne auch eine vermehrte Kreditnachfrage zur Investition [2].

Durch die hohe Rate der Fremdfinanzierung sind die Händler nicht nur in ihrer Geschäftspolitik von den Banken abhängig, sondern die Banken haben dadurch ein unmittelbar eigenes materielles Interesse an der Ertragsstruktur der finanzierten Unternehmen. Darüber hinaus stellt die Höhe des Reingewinns für die Banken als Kreditgeber des Handels den wesentlichen Sicherheitsfaktor für die von ihnen gewährten Investitionskredite dar [3].

Neben dieser Interessenidentität zwischen Banken und Handel über die Refinanzierung des Handels ergibt sich in zunehmendem Maße ein viel unmittelbarerer Zusammenhang zwischen

---

1) Nach Wöhe, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 381, betrug das Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital im Einzelhandel 1960 51, 5 % zu 48, 2 % (0, 3 % waren Pensionsrückstellungen)

2) "Wenn ein Betrieb auf Kosten seiner Liquidität eine Sachinvestition durchführt, die ein größeres Risiko als ein Ausleihen der benötigten Mittel am Kapitalmarkt mit sich bringt, dann erwartet er von dieser Investition einen Ertrag, der höher als der Zins auf dem Kapitalmarkt ist. Allgemein gesagt wird eine Investition dann noch durchgeführt, wenn sie die Wiedergewinnung der Anschaffungsausgaben und eine vom Investor als ausreichend angesehene Verzinsung erbringt." (Wöhe, a.a.O. S. 365)

3) "Das 'Rentabilitäts-Wagnis' (...) hat die Frage vorab zu prüfen, inwieweit von der Finanzierungsseite her ertrags- und wachstumsmäßige Beschränkungen vorliegen." Goldbeck, Insolvenz-Signale, TW 76, 1/19

beiden Wirtschaftsgruppen durch kapitalmäßige Verflechtung. Durch Aufkauf von Aktienpaketen fällt den Banken in der Dividende und dem Wertzuwachs ihres Aktienpakets sowie dem Zuwachs an wirtschaftlichem Einfluß und Steuerungsmöglichkeiten der Gewinn des Handels unmittelbar zu. Das, was der Konsument dem Handel an Kosten dadurch erspart, daß er sich durch die faktischen Verhältnisse gezwungen sieht, auf seine Durchsetzungsmöglichkeiten zu verzichten, spiegelt sich dann über die Dividenden unmittelbar in der Gewinn- und Verlustrechnung der Banken. Insbesondere bei den 25 größten Einzelhandelsunternehmen ist diese Verflechtung unübersehbar [1].

Der Karstadt-Konzern mit der Karstadt AG und der Kepa Kaufhaus GmbH als das größte Handelsunternehmen der Bundesrepublik ist zu 25 % in den Händen der Deutschen Bank und zu 25 % in den Händen der Commerzbank. Diese Banken haben über den Karstadt-Konzern ab Juli 1976 zunächst 25 % des Aktienkapitals der Neckermann Versand KGaA, die auf Platz 7 der Rangliste der Handelsunternehmen steht, übernommen und werden bis 1980 weitere 26 % von der Familie Neckermann erwerben [2]. Das neue Unternehmen wird mit einem Umsatz von über 7 Mrd. DM jährlich amerikanische Konzentrationsverhältnisse auch in der Bundesrepublik sichtbar machen. Der Kaufhof-Konzern mit der Kaufhof-AG und der Kaufhalle-GmbH wird von der Commerzbank zu 25 %, von der Deutschen Bank zu 10 % und von der Dresdener Bank zu 25 % gehalten. Die Kaufhof AG hat wiederum maßgeblichen Einfluß auf die Cornelius Stüssgen AG (Platz 19 der Rangliste). Die Horten AG auf Platz 6 der Rangliste der Handelsunternehmen ist zu 25 % in der Hand der Deutschen Gesellschaft für Anlageverwaltung, einem Tochterunternehmen der Deutschen Bank (75 %) und der Commerzbank (25 %) [3]. In der

1) Nach Jarowinsky, Monopolisierung im Einzelhandel der BRD, IPW-Forschungshefte, 2' 1972 S. 92/93
2) Nach der Meldung 'Der Abend' v. 1. VII. 76; vgl. auch FR v. 2. 7. 1976
3) Nach Wer gehört zu wem?, Hrsg. Commerzbank 1973

Schickedanz-Gruppe (Großversandhaus Quelle und Schöpflin) sind die Dresdener Bank, die Bayerische Staatsbank und das Kölner Bankhaus Sal. Oppenheim beteiligt [1]. Über diese Großkaufhäuser sind die Banken ferner an dem Touristik-Konzern "TUI" (Touropa, Scharnow, Hummel, Dr. Tigges, Transeuropa, airtours und twen-tours) beteiligt, dem nur wegen des Eingreifens der Kartellbehörde das NUR-Reiseunternehmen nicht angegliedert werden kann [2]. DieGroßbanken beherrschen somit eindeutig die Spitzengruppe des Einzelhandels durch direkte Kapitalbeteiligungen, bei denen sie sich gegenseitig ergänzen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die wirtschaftliche Akzessorietät des Konsumgeschäftes zum Kreditgeschäft auch in einer Interessenidentität zwischen Handel und Banken zum Ausdruck kommt, die einmal darin besteht, daß den Banken das ertragreiche Konsumentenkreditgeschäft erst durch den intensiven Verkauf hochwertiger und langlebiger Konsumgüter und Dienstleistungen möglich wird, zum anderen die Banken selber durch die hohe Fremdfinanzierung des Einzelhandels Schrittmacher im Konzentrationsprozeß und damit auch die relevanten Konkursgläubiger des Handels sind, sie ferner durch die Finanzierung des Handels an dessen Gewinnen partizipieren und schließlich auch kapitalmäßig die großen Handelskonzerne und Touristikunternehmen beherrschen und somit direkt von deren Geschäften profitieren. [3]

---

1) Nach Jarowinsky, a.a.O.

2) Vgl. zum Verfahren des Bundeskartellamts gegen "TUI" wegen mißbräuchlichem Verdrängungswettbewerb gegen das gewerkschaftseigene "gut" Frankfurter Rundschau v. 8. IV. 76

3) In dieser empirisch nachzuvollziehenden Gewinnübertragung kommt ein Gesetz der Konkurrenz zum Ausdruck, wonach ohnehin das gesamte fungierende Kapital in letzter Instanz von jeder Gewinnerhöhung gegenüber dem Verbraucher profitiert, da allein hierdurch der Mehrwert, der zur Verteilung bereitsteht, erhöht werden kann. Vgl. zur "Ausgleichung der allgemeinen Profitrate durch die Konkurrenz." Marx, Das Kapital Bd. 3 MEW 26, 182 ff., 10. Kapitel

Die Kostenminimierung durch Abwälzung von Sach- und Absatzmängelkosten sowie Insolvenzkosten auf einzelne Verbraucher durch den Handel erfolgt zum Vorteil und im Interesse der Banken. Sie ist daher ihrer "Sphäre" auch juristisch zuzurechnen.

Zu fragen bleibt, ob diese Risiken auch der Sphäre des einzelnen Kreditgebers zugerechnet werden können, da hiernach zwar die Banken insgesamt für diese Risiken verantwortlich sein müßten, jedoch im Einzelfall ein Einwendungsdurchgriff die eine Bank treffen kann, während der Gewinn einer anderen Bank zugute kommt.

Da die Banken untereinander auf das engste verflochten sind, wie bereits oben bei der Analyse der Auswahlfreiheit der Kreditnehmer gezeigt wurde [1], gleichen sich einmal Gewinn- und Verlustdiskrepanzen ohnehin aus. Die Zurechnung nach Risikosphären bringt aber darüber hinaus eine neue Form des Zusammenhangs zwischen den Geschäften der Konsum- und Kreditsphäre zum Ausdruck, der mit einer mechanistischen Auffassung konkreter Zusammenarbeit, wie es die auf das isolierte Einzelgeschäft fixierte Zivilrechtsdogmatik tut, nicht mehr bewältigt werden kann. Die Vorteile dieser gesellschaftlichen Arbeitsteilung zwischen Handel und Banken kommen den Banken nämlich nur in Form eines statistischen Zusammenhangs zugute, bei dem das Einzelgeschäft jeweils beliebig und zufällig erscheint, gleichwohl aber in einer zusammenfassenden Betrachtung gemeinsam mit allen anderen zur Gesamtverteilung führt. Das Risiko mit Einwendungen des Konsumentenkreditnehmers aus seinem Konsumverhältnis belastet zu sein oder gar durch Insolvenzen im Handel Verluste hinnehmen zu müssen, wird unter gleichen Absatzbedingungen im Konsumentenkredit auch

---

1) Vgl. S. 268 ff.

nach den Gesetzen der Wahrscheinlichkeit gleich verteilt. Was im Einzelgeschäft ungerecht erscheint, ist in Wirklichkeit nur Teil einer gerechten statistischen Verteilung. Daß Kredite bestimmter Kreditinstitute dabei in besonderem Maße zu dubiosen Händlern fließen könnten, ist wenig wahrscheinlich, wenn nicht ein solcher Zusammenhang durch Klientelauswahl, durch besondere Konditionen, Standort, Hinweise und konkrete Zusammenarbeit gefördert wird. In diesen Fällen ist die Zurechnung des erhöhten Risikos dann jedoch ohnehin gerechtfertigt. Da im übrigen die Geschäftsbanken auf allen Ebenen der Konsumentenkreditvergabe tätig sind, würde über die kapitalmäßige Verflechtung und die Refinanzierung ein mögliches Risiko bestimmter Kundenschichten, deren Kredite in Geschäfte höheren Risikos flössen (z. B. relativ kreditunwürdige Kunden und Gebrauchtwagenkauf), ohnehin ausgeglichen. Auf jeden Fall wäre eine wesentlich gerechtere Verteilung gewährleistet als wie sie heute für den Verbraucher besteht, der mit vielleicht 10 größeren Krediten in seinem Leben niemals mehr das ausgleichen kann, was ihm an Unrecht und Belastung in einem Konsumentenkreditverhältnis zugemutet wurde. Störungen im Bereich des Konsumgeschäftes können daher nicht der Sphäre der Kreditnehmer zugerechnet werden, so daß sich objektiv keine Anhaltspunkte dafür ergeben, daß diese Risiken generell im Gefahrenbereich des Verbrauchers liegen und gemäß § 324 BGB zu vertreten wären [1].

(2.2) Die subjektive Zurechenbarkeit

§ 276 BGB enthält mit seiner Anknüpfung an der persönlichen

1) Geht man mit der Analyse von v. Schenck (Der Begriff der Sphäre, S. 261) davon aus, daß mit dem Sphärenbegriff generell die Haftungstatbestände des BGB adäquat erfaßt werden, so ließe sich vielmehr hieraus schließen, daß die Kreditgeber diese Risiken generell zu vertreten haben, was insbesondere dann zu prüfen ist, wenn man die Pflicht zur Erreichung des Konsumzwecks nur als Nebenpflicht einordnen wollte und daher positive Vertragsverletzung zu prüfen wäre.

Macht- und Handlungssphäre den Maßstab für die Fälle, in d
nen dem Kreditnehmer trotz der prinzipiellen Zuweisung der
Risiken in die Sphäre der Kreditgeber einzelne Störungen zug
rechnet werden müssen.

Hierzu gehören insbesondere die Fälle, wo der Kreditnehmer
ein angegebenes Konsumgeschäft nicht abschließt, bei der Be-
reitstellung der Konsummöglichkeit die gebotene Mitwirkung
unterläßt oder aber es versäumt, Schäden im Konsumverhält-
nis abzuwenden. Entsprechend wie den Kreditgeber trifft auch
ihn die Pflicht, Risiken im Erwerbsgeschäft zu prüfen, wobei
allerdings wegen der geringen Informationsmöglichkeit hier
keine großen Anforderungen gestellt werden können. Geht der
Kreditnehmer jedoch vorsätzlich oder fahrlässig Risikogeschäf
te ein (ein konkursbedrohtes Unternehmen bietet Flugreisen z
Schleuderpreisen an), so fällt dies in seine Verantwortungs-
sphäre. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch zu fordern, daß
der Kreditnehmer den Kreditgeber wahrheitsgetreu vom Ver-
wendungszweck in Kenntnis setzt, damit dieser die Risiken
kennt, die mit dem Geschäft verbunden sind, und sie gegebe
nenfalls konkret beeinflussen kann.

Fechtet der Kreditnehmer das Erwerbsgeschäft wegen Irrtum
an (§ 119 BGB), so liegt der Grund des Unvermögens in sei-
ner persönlichen Rechtssphäre. Anknüpfungspunkt der Zurech
nung ist dann zwar nicht der Irrtum, sondern die Anfech-
tungserklärung, mit der bewußt und gewollt die Erreichung de
Konsumzwecks vereitelt wird (§ 276 BGB). Durch § 122 BGB
wird die Erklärung jedoch in den Verantwortungsbereich des
Anfechtenden verwiesen. Anders liegt der Fall daher bei ei-
ner Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, da hier die An-
fechtungserklärung auf vorwerfbares Handeln des Veräußerer
zurückgeht.

(3) Die Abwicklung gemäß § 323 BGB bei Unvermögen

Nach der vorstehenden Untersuchung haben weder Kreditgeber noch Kreditnehmer in der Regel das Unvermögen des Kreditgebers zur wertmäßigen Realisierung der Konsummöglichkeit zu vertreten, es sei denn das Unvermögen ist von ihnen durch außerordentliches individuell vorwerfbares Verhalten im oben beschriebenen Sinne herbeigeführt worden.

Die zentrale Abwicklungsregel, die bei endgültiger Verfehlung des Konsumzwecks an die Stelle des Einwendungsdurchgriffs tritt, ist daher § 323 BGB. Danach entfällt zunächst die Zahlungsverpflichtung des Kreditnehmers, soweit sie kein Äquivalent für den tatsächlich in der Konsummöglichkeit bereitgestellten Wert mehr darstellt (§ 323 Abs. 1 BGB). Maßstab zur Berechnung des Wertes der Konsummöglichkeit bieten die §§ 472, 473 BGB (§ 323 Abs. 1 S. 2 BGB). Im übrigen sind die empfangenen Leistungen nach Bereicherungsgrundsätzen herauszugeben, insoweit nicht eine teilweise Erfüllung vorliegt. Da der Kreditnehmer nur den Wert erhalten hat, der in seiner Konsummöglichkeit vergegenständlicht ist, hat er ihren Wert entsprechend der Berechnung nach §§ 472, 473 BGB in Geld zu ersetzen, da er vom Kreditgeber nur die Kaufkraft, nicht jedoch den Gegenstand selber erhalten hat. Der Geldanspruch ergibt sich daher nicht aus § 818 Abs. 2 BGB. Ebensowenig ergibt sich die Beschränkung auf den Wert der tatsächlich erhaltenen Konsummöglichkeit aus § 818 Abs. 3 BGB, da er nach der hier vertretenen Auffassung wertmäßig nicht mehr erhalten hat. Im übrigen hat er gemäß § 812 BGB alle Ersatzansprüche gegen den Veräußerer an die Bank abzutreten. Soweit sich Ansprüche aus zu viel gezahlten Raten und Werterstattungsansprüche für die Konsummöglichkeit gegenüberstehen, sind sie zu saldieren, und zwar auch, soweit die an sich wertmäßig geleistete Konsum-

möglichkeit gemäß § 818 Abs. 3 BGB weggefallen ist [1]. Praktisch bedeutet dies, daß der Kreditnehmer an den Kreditgeber nur das zu zahlen braucht, was sich aufgrund einer Berechnung nach §§ 472, 473 BGB noch real in seinem Vermögen befindet. Auch Zinsen und andere Kreditkosten sind entsprechend dem realen Wert für den Zeitraum, in dem der Kredit in dieser Höhe beansprucht wurde, zu berechnen.

Der Kreditgeber hat dafür Anspruch auf Abtretung der Forderungen gegen den Veräußerer. Außerdem kann er gegen den Veräußerer nach § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB vorgehen, da beide in einer objektiven Zweckgemeinschaft [2] gesamtschuldnerisch haften, so daß aufgrund der Pflicht des Veräußerers im Innenverhältnis, in erster Linie für die Erreichung des Konsumzwecks Sorge zu tragen, auch die Schäden der Bank über § 426 Abs. 1 BGB ausgeglichen werden können [3].

4. Ergebnis und gesetzliche Regelung

Das Darlehen ist seiner formalen Struktur nach ein Konsensualvertrag, bei dem die Pflicht des Kreditgebers zur Überlassung und Belassung der Darlehensvaluta im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Pflicht des Kreditnehmers zur Rückzahlung der Darlehensvaluta sowie der Zinsen und Gebühren steht.

Im Konsumentenkredit besteht die Leistungspflicht des Kreditgebers darin, durch eine zeitweise Gewährung von Kaufkraft den Prozeß einer individuellen Konsumtion wertmäßig zu gewährleisten. Das Kreditgeschäft ist zum Erwerbsgeschäft akzessorisch vergleichbar der Akzessorietät der Sicherungsgeschäfte (Bürgschaft, Hypothek, Sicherungszession, Sicherungsübereignung, Eigentumsvorbehalt etc.) für Kredite.

---

1) Saldotheorie vgl. BGH NJW 63, 1870; BGHZ 53, 144
2) Vgl. BGHZ 52, 43; 59, 101
3) Vgl. BGH NJW 71, 884; BGH VersR 56, 161

Störungen im kreditvermittelten Erwerbsgeschäft sind somit Störungen im synallagmatischen Austauschverhältnis des Kreditgeschäftes und daher entsprechend den §§ 320 ff. BGB abzuwickeln mit der Besonderheit, daß der Kreditgeber nicht das Konsumgut bzw. die Dienstleistung in Natur schuldet, sondern nur die Pflicht hat, zu gewährleisten, daß der im Kreditvertrag vorausgesetzte Wert des Konsumgutes dem Konsumenten zugute kommt. Der Kreditgeber erfüllt diese Pflicht in der Regel mit der Bereitstellung der Kaufkraft. Treten Störungen im Erwerbsgeschäft auf, so bedeutet dies, daß der Kreditgeber seine Pflicht je nach Art der Störungen vorübergehend oder endgültig, teilweise oder gänzlich nicht erfüllt.

Bei vorübergehenden Störungen hat der Kreditnehmer gemäß § 320 BGB ein Zurückbehaltungsrecht, soweit ihm wegen der Geringfügigkeit der Störung oder ihrer absehbar kurzen Dauer nicht eine Fortzahlung der Raten zugemutet werden kann (§ 320 Abs. 2 BGB). Die Rechte aus Verzug (§ 326 BGB) stehen dem Kreditnehmer nur zu, wenn konkrete Umstände vorliegen, nach denen die Verzögerung dem Kreditgeber gemäß § 276 BGB zugerechnet werden kann. Verzögerungen bei der Erfüllung des Konsumzwecks treten dann ein, wenn der Veräußerer seinen Vertrag verspätet erfüllt und Mängel nicht rechtzeitig beseitigt bzw. kompensiert werden.

Bei endgültigen Störungen des Konsumzwecks hat der Kreditgeber die gezahlten Raten abzüglich des Wertes der beim Schuldner verbleibenden Konsummöglichkeit sowie entsprechender Zinsen und Kreditkosten gemäß § 323 BGB zurückzuerstatten bzw. es entfällt insoweit die Pflicht zur Zahlung der Ratenschuld, es sei denn, der Verwendungszweck des Kredits war ihm nicht bekannt oder den Kreditnehmer trifft im Sinne des § 276 BGB eine konkrete Verantwortung an der

Störung der Konsummöglichkeit. Bei Mitverschulden des Kreditnehmers ist § 254 BGB entsprechend anzuwenden.

Bei Kreditformen konkreter Zusammenarbeit zwischen Kreditgeber und Veräußerer haftet der Kreditgeber bei Verschulden des Veräußerers gemäß § 278 BGB sowie in den Fällen, in denen die Störung auf konkretes Verschulden des Kreditgebers zurückgeht, gemäß § 325 BGB. Unvermögen liegt immer dann vor, wenn der Kreditnehmer nicht in den Genuß der kreditvermittelten Konsummöglichkeit kommt, deren Wert ihm auch nicht ersetzt worden ist und ihm das Abwarten auf die Verschaffung dieses Wertes aufgrund beharrlicher Weigerung oder des verstrichenen Zeitraums nicht mehr zugemutet werden kann. Die §§ 323 ff. BGB finden daher Anwendung bei Nichtigkeit des Erwerbsgeschäftes gemäß §§ 123, 142; 134; 138 BGB, bei beharrlicher Weigerung zur Mängelbeseitigung sowie im Fall des Veräußererkonkurses vor Bereitstellung der Konsummöglichkeit.

Der Kreditgeber kann Ersatz vom Veräußerer aufgrund der ihm gemäß §§ 323, 812 BGB abgetretenen Ansprüche des Kreditnehmers gegen den Veräußerer sowie gemäß § 426 BGB auch im Wege des Vorabausgleichs beanspruchen.

Diese Lösung bedeutet keine volkswirtschaftliche Umverteilung zu Lasten der Banken, da die Kreditgeber ja die Kosten nicht endgültig tragen sollen. Soweit es nur um das Durchsetzungsrisiko geht, können sie Rückgriff beim Händler nehmen, und sofern sich die Zurückbehaltung der Raten nicht als gerechtfertigt erweist, durch Streitverkündung im gleichen Prozeß (§ 72 ZPO) Ersatz vom Konsumenten erlangen. Der Zivilprozeß würde durch die Anwesenheit der drei beteiligten Parteien damit weitgehend der wirtschaftlichen Struktur des Konfliktes angenähert, wodurch eine bessere und gründlichere

Konfliktentscheidung möglich würde. Soweit sich bestimmte Kosten nicht vom Handel ersetzen lassen, gehen sie in die Zinskalkulation im Konsumentenkredit ein und werden auf diesem Wege auf alle Konsumentenkreditnehmer gleichmäßig verteilt, wodurch der gesellschaftliche Charakter des Konsumentenkredits und seiner Risiken deutlich wird und unausgewiesene Zusatzeinnahmen durch Belastung einzelner Verbraucher unterbleiben [1].

Um mögliche Risikoverschiebungen zu vermeiden, können die Kreditgeber im übrigen Versicherungen abschließen oder ähnlich wie in dem sog. "Feuerwehrfonds" [2] einen gemeinsamen Fonds bilden, aus dem diese Risiken getragen werden können.

Neben der sozial gerechten Verteilung entsprechender Risiken der Wirtschaft würde durch die Zurechnung der Verfehlung des sozialen Zwecks der Konsumentenkredite durch Mängel im Handel an die Banken der rechtspolitisch wünschenswerte Effekt erzielt, daß nunmehr die Banken im direkten Gegensatz zu der bisherigen Situation ein unmittelbares Interesse daran bekämen, daß der Handel ordnungsgemäß abschließt und mangelfreie Ware liefert bzw. festgestellte Mängel beseitigt. Den Banken fällt es dabei ungleich leichter als den Verbrauchern, z. B. die Mängelhäufigkeit bestimmter Handelsgeschäfte statistisch zu erfassen und durch ihre Macht in der Refinanzierung oder ihren Möglichkeiten, Prozesse zu führen, einzudämmen. Verbraucherschutz würde damit zum Interesse der Banken, um ihre eigenen Kosten zu senken.

---

1) Diesen Gesichtspunkt führt auch Esser, Das Verhältnis von Kaufvertrag und Darlehensvertrag ..., Festschrift Kern 1968, S. 115, an.

2) Nach dem Herstadt-Konkurs gebildeter Fonds fast aller Banken zur gegenseitigen Entschädigung von Schuldnern bei Insolvenz einer beteiligten Bank

Eine gesetzliche Regelung des Einwendungsdurchgriffs hat an die vorhandenen Institute der Akzessorietät anzuknüpfen, in denen wie bei der Bürgschaft die besondere Struktur von wertmäßiger Garantie der Erfüllung neben der unmittelbaren Erfüllung durch einen Dritten zum Ausdruck gekommen ist. Einschränkungen des gesetzlichen Einwendungsdurchgriffs durch den Nachweis konkreter Zusammenarbeit wie Rahmenverträge, Vermittlung, Hinweis, Sicherungsübereignung werden weder der Form des gesellschaftlichen und damit nur statistisch zu erfassenden Zusammenhangs im Konsumentenbereich gerecht noch können sie den Einwendungsdurchgriff auf Dauer effektiv regeln, da ihre Anknüpfungspunkte letztlich zur Disposition der Kreditgeber stehen. Zur Rechtssicherheit der Kreditgeber ist es ausreichend, daß ihnen der Verwendungszweck der Kreditsumme zur Kenntnis gebracht wurde (zum Wortlaut vgl. § 2 Abs. 1, 2. Hs. E-KKG unten S. 512).

B Zahlungsunfähigkeit und Leistungsstörung

Neben dem Problem, daß für die Konsumentenkreditnehmer der Sinn der Ratenzahlung weggefallen ist, und sie daher die Raten nicht weiter zahlen wollen, weil der kreditvermittelte Konsum gestört ist, erweist sich die Zahlungsunfähigkeit wegen Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, Unglück und anderen Beeinträchtigungen ihres ausgabefähigen Einkommens als das wohl gravierendste soziale Problem. Hier zeigt sich, daß nach der Isolierung des Kredits vom Konsum die Isolierung des Kredits vom Einkommen die Ursache unzureichender juristischer Erfassung ist.

I Das soziale Problem

Einkommen und Konsumausgaben scheinen zu zwei voneinander unabhängigen Faktoren im Leben der Menschen geworden zu sein, seitdem das Geld zwischen die produzierten Güter und ihre Produzenten getreten ist. Während der Bauer vergangener Jahrhunderte noch sein Brot, das er für den

---

1) Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 240 ff.; vgl. auch Reifner, Das System der Rechtsberatung in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 76, 504 ff.; speziell zur Verbraucherberatung ders., Rechtsberatung - gleiches Recht für alle, Dokument und Analyse Heft 10/1976, S. 357 ; Blankenburg/Reifner, Rechtshilfe für sozial Schwache, Reprint Series des WZB - Juni 1976 I/76 - 36

persönlichen Verbrauch benötigte, aus dem Korn selbst herstellen konnte, das er selbst gesät und geerntet hatte, sieht der lohnabhängige Verbraucher als Arbeiter oder Angestellter den Nutzen seiner Arbeit nicht mehr unmittelbar in seinem eigenen persönlichen Verbrauch, sondern zunächst einmal darin, eine bestimmte Geldmenge zu erhalten, mit der er wiederum die Güter und Dienstleistungen, die er benötigt, erwerben kann.

Daß er jedoch letztlich nicht für Geld selber, sondern für seinen persönlichen Verbrauch arbeitet, wird ihm spätestens dann bewußt, wenn in der "galoppierenden Inflation" der ausgezahlte Lohn sich noch am selben Tag entwertet. In der schleichenden Inflation wird dieser Zusammenhang, in dem der Erwerb von Geld für die Verbraucher nur Mittel und nicht Zweck ihrer Arbeit ist, durch die Unterscheidung zwischen Nominal- und Reallohn ebenfalls angesprochen. Erst im ratenweise rückzahlbaren Konsumentenkredit erfährt der Verbraucher wieder schmerzlich, daß das Geld nur eine vermittelnde Rolle spielt, wenn der Kreditgläubiger die Raten auch dann verlangt, wenn das Einkommen in der erwarteten Höhe nicht mehr gesichert ist. Während in der Epoche bis zum 1. Weltkrieg die unmittelbare Bedürfnisbefriedigung aus geringwertigen und schnell verbrauchbaren Konsumgütern bestand und daher jeweils auch von dem laufenden Einkommen bestritten werden konnte, hat sich der persönliche Verbrauch inzwischen so entwickelt, daß er ohne langlebige hochwertige Konsumgüter nicht mehr gesichert ist. Da die juristische Form, die zum Verbrauch von Waren legitimiert, regelmäßig allein das Eigentum ist, dessen Erwerb aber voraussetzt, daß schon mit Eigentumsübergang und nicht erst mit dem Verbrauch der gesamte Geldbetrag bei Vertragsschluß fäl-

lig wird, muß der Konsument diesen Betrag vorstrecken. So "verbraucht" der Käufer eines PKW, dessen Lebensdauer man auf 6 Jahre festsetzt, im ersten Monat erst 1/72 seines Wagens. Gleichwohl muß er jedoch dafür das 72fache des Gegenwertes zu diesem Verbrauch bereits im ersten Monat bezahlen, um diese Nutzungsmöglichkeit überhaupt zu erhalten. Diesem mit steigendem Anteil langlebiger Verbrauchsgüter am persönlichen Verbrauch wachsenden Zwang zur Vorschußleistung widerspricht jedoch die starre Form, in der die Masse der Konsumenten ihr Einkommen erhält. Der Arbeitgeber kauft juristisch nicht die Arbeitskraft eines Konsumenten für die Dauer von z. B. 6 Jahren, wodurch er gezwungen wäre, für den "Verbrauch" der Arbeitskraft in seinem Betrieb (der "produktiven Konsumtion") den entsprechenden Gegenwert vorzuschießen [1]. Die Einkommensform bleibt somit stetig, während die Konsumform zu immer mehr punktuellen Vorschußleistungen zwingt. Unter den Bedingungen allgemeiner Barzahlung kann der lohnabhängige Verbraucher diesen Vorschuß nur leisten, wenn er für eine bestimmte Zeit auf die Verwendung seines Einkommens für den persönlichen Verbrauch verzichtet und spart. Da er jedoch für den Zeitraum des Ansparvorganges noch keine Verbrauchsmöglichkeit des gewünschten Gegenstandes hat, wird sein Haushalt doppelt belastet, wenn er z. B. für einen PKW anspart, aber gleichzeitig noch die Mittel für die öffentlichen Verkehrsmittel täglich verausgaben muß. Währenddessen liegt sein Geld zeitweise seiner Funktion zur Vermittlung des persönlichen Verbrauchs beraubt auf der Bank und dient dort der Wirtschaft, wofür ihm

---

1) "Überall schießt daher der Arbeiter dem Kapitalisten den Gebrauchswert der Arbeitskraft vor; er läßt sie vom Käufer konsumieren, bevor er ihren Preis bezahlt erhält, überall kreditiert daher der Arbeiter dem Kapitalisten. Daß dies Kreditieren kein leerer Wahn ist, zeigt nicht nur der gelegentliche Verlust des kreditierten Lohns beim Bankrott des Kapitalisten ..." Marx, Das Kapital Bd. 1 MEW 23, 188

ein Zins bezahlt wird, der den Inflationsverlust nicht abdeckt.

Durch den Konsumentenkredit werden nun Konsum- und Einkommensperiode einander angeglichen. Langlebige Verbrauchsgüter werden entsprechend dem Prozeß ihres Verbrauchs mit Hilfe des Konsumentenkredits [1] auf das monatliche Einkommen bezogen [2] und damit eine Aktivierung des monatlichen Einkommens trotz der Konsumverlagerung möglich. Ratenkredite sind daher keine Vorgriffe auf zukünftiges Einkommen, sondern dienen der Erhaltung der Verfügbarkeit des Einkommens der Lohnabhängigen, die durch die Verlagerung des persönlichen Verbrauchs auf hochwertige langlebige Konsumgüter [3] durch die starre juristische Form von Eigentum und Eigentumserwerb sonst gezwungen wären, immer größere Teile ihres Einkommens nach einem für sie unnützen Ansparvorgang dem Verkäufer vorzuschießen.

Diese Angleichung von Konsum- und Einkommensperiode im Konsumentenkredit kann aber nur dann zum Vorteil der Verbraucher wirken, wenn in ihr nicht nur abstrakt berücksichtigt ist, daß der Lohnabhängige nicht seinen Lohn entsprechend den notwendigen Anschaffungen jeweils vorgestreckt bekommt, sondern wenn dieser allgemeine Bezug von Ratenzahlungsverpflichtung und dem hierfür verfügbaren

---

1) Moschetto/Plagnol, Le crédit à la consommation, S. 22, 70; Schimanski, Zur Theorie des Konsumentenkredits, S. 43; Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken, S. 27

2) Daß nur so die langlebigen Konsumgüter überhaupt den Markt erobern und die Konsumtion revolutionieren konnten, beweist die statistische Untersuchung von Klein, The Cyclical Timing of Consumer Credit 1920-1967, S. 42 ff., wo der Zusammenhang von Konsumentenkredit und PKW-Absatz in den USA dargestellt ist.

3) Auch Dienstleistungen wie die Urlaubsreise können hierzu gerechnet werden, da sie die Erholung eines Jahres in konzentrierter Form repräsentieren.

Einkommen auch konkret hergestellt wird. Ratenzahlungsverpflichtungen schlagen nämlich in eine kaum kompensierbare wirtschaftliche Belastung des Konsumenten um, wenn er auch dann zahlen muß, wenn der hierfür verfügbare Einkommensteil aufgrund von Umständen wegfällt, die er nicht beeinflussen und verhindern kann. Diese Risiken wie Kurzarbeit, Arbeitslosigkeit, Krankheit und unvorhersehbare Zerstörung von Konsumgütern (Autounfälle) führen zwar im Unterschied zu den Zeiten des Manchester-Kapitalismus nicht mehr zum Wegfall des ganzen Einkommens und damit aller Geldmittel. Sie führen aber zum Wegfall eines Teilbetrages des Einkommens, der nicht ohne weiteres aus den verbleibenden Einkommensteilen ersetzt werden kann, wenn auch die Gleichförmigkeit des Geldes die Illusion aufkommen läßt, als handele es sich beim Lohn um eine allseitig verwendbare und ersetzbare Geldmasse. Dies ist zwar technisch durch die qualitative Unbeschränktheit des Geldes als Kaufmittel [1] möglich, faktisch ist aber der Lohn auch in seinen einzelnen Teilen auf die individuelle Konsumtion bezogen und mit den Lebensverhältnissen der Konsumenten verknüpft. Sichtbarer Ausdruck dieser Verknüpfung ist der sogenannte "Warenkorb" des Statistischen Bundesamtes zur Feststellung des Lebenshaltungsindexes, in dem die notwendigen Ausgaben der individuellen Konsumtion proportional auf das Einkommen bezogen sind. Dabei zeigt sich, daß der Lohn zum größten Teil dort zu verausgaben ist, wo eine Minderung einmal schon juristisch ausgeschlossen ist wie bei Miete, Beiträgen, Gebühren, oder faktisch weitgehend ausgeschlossen ist wie bei Essen, Transport und Kleidung. Der Verbraucher hat somit nicht die Wahl, die Raten für sein Kon-

---

1) "Wie im Geld aller qualitativer Unterschied der Waren ausgelöscht ist, löscht es seinerseits als radikaler Leveller alle Unterschiede aus", Marx a.a.O. S. 146

sumgut aus einem beliebigen Teil seines Konsumfonds, d. h. seinem Einkommen, zu zahlen, sondern hierzu steht ihm allein ein relativ geringer Einkommensteil zur Verfügung, dessen Höhe sich aus der absoluten Höhe des Einkommens und den notwendigen Konsumausgaben in den unverzichtbaren Konsumbereichen bestimmt. Dieser Anteil, der im folgenden als verfügbarer Einkommensanteil bezeichnet werden soll, muß nicht nur absolut, sondern auch relativ zum Monatseinkommen geringer sein, je geringer Lohn und Gehalt sind, da die Verbrauchsausgaben für bestimmte grundlegende Konsumausgaben (Essen, Wohnen etc.) in ihrer absoluten Höhe kaum einzuschränken sind. Dies spiegelt sich wider in einer Aufstellung der Verbrauchsausgaben bezogen auf das Netto-Einkommen für 1975, wonach ein Zwei-Personen-Rentner-Haushalt 32 % des Nettoeinkommens für Nahrungsmittel, 29 % für Miete, Heizung, Licht und 8 % für Kleidung aufwendet (= 69 %), während ein durchschnittlicher 4-Personen-Arbeitnehmerhaushalt 27 % für Nahrungsmittel, 21 % für Miete, Heizung, Licht und 10 % für Kleidung (= 58 %) ausgibt, demgegenüber ein Haushalt mit höherem Einkommen (2580,- DM) nur 21 % für Nahrungsmittel, 19 % für Miete, Heizung, Licht und 10 % für Kleidung (= 50 %) aufwendet. [1] Dabei steigen die notwendigen unverzichtbaren Ausgabenanteile nicht nur mit sinkendem Einkommen, der Größe der Familie und dem Wohnsitz (Stadthaushalte), sondern es werden durch die Berufstätigkeit der Frau, die in unteren Einkommensschichten wiederum wesentlich höher liegt [2], auch andere Ausgaben der Haushaltsführung zu unverzichtbaren Bestandteilen der Konsumtion. [3]

---

1) nach Frankfurter Rundschau vom 5. V. 75 S. 6

2) "1970 waren in Arbeiterhaushalten durchschnittlich 1,65 Personen berufstätig, in Angestellten-/Beamten-Haushalten dagegen nur 1,48 Personen" (Osterland/Deppe u. a. Materialien zur Arbeits- und Lebenssituation in der BRD, S. 132

3) z. B. Haushaltsgeräte, Auto, Kindergarten etc.

Ein weiterer Faktor, der dazu führt, daß das Einkommen in noch höherem Maße gebunden ist, stellt die soziale Unsicherheit dar, die wiederum in den unteren Einkommensschichten bei weitem höher liegt als in den gut verdienenden Familien, da z. B. die Arbeitsplatzsicherheit von Angestellten schon erheblich höher ist als die der Arbeiter [1]. So täuscht etwa das Sparguthaben, das bei Arbeitern und Angestellten im Durchschnitt zwischen 2000,- und 2500,- DM 1976 beträgt, über die Verfügbarkeit von Einkommensteilen und Vermögen, da 51 % der Arbeiter und 49 % der Angestellten nach einer Umfrage diese Beträge selbst nicht als verfügbar ansehen, sondern für ihre soziale Sicherheit unangetastet lassen [2]. Wird nun mit Hilfe des Konsumentenkredits ein hochwertiges Konsumgut angeschafft oder ein Urlaub finanziert, so wird der relativ geringe Teil, mit dem der Konsument je nach sozialer Lage disponieren konnte, durch die monatliche Ratenzahlungsverpflichtung gebunden. Die jetzt eintretenden Einkommensminderungen oder unvorhergesehenen zusätzlichen Belastungen lassen dabei die Ratenzahlungsverpflichtung unberührt weiterbestehen, so daß die Begleichung der Schulden aus dem für den notwendigen laufenden Konsum bereitstehenden Monatseinkommen zu erfolgen hat. Dabei scheiden die bereits vertraglich festgelegten Konsumausgaben wie Miete, Versicherungszahlungen, Gas, Wasser, Strom, Telefon und Fernsehgebühren für die Bezahlung dieser Schulden aus. Von den anderen Ausgaben lassen sich einige Konsumarten wie Essen, Körperpflege etc., Transport zur Arbeitsstelle nur geringfügig oder gar nicht einschränken, während Konsumarten wie Kleidung, Genußmittel, Bildungsausgaben, Haushaltsgeräte nur für kurze

---

1) Vgl. die statistischen Angaben bei Osterland/Deppe/Gerlach/Mergner u. a., Materialien zur Lebens- und Arbeitssituation der Industriearbeiter in der BRD, S. 41

2) Osterland/Deppe u. a., a.a.O. S. 145

Zeiträume eingeschränkt werden können, wenn danach eine Kompensation eintritt. Das Einkommen von über 80 % der Bevölkerung, das in monatlichen Lohn- und Gehaltszahlungen besteht, läßt sich somit als eine Vielzahl von Konsumarten verstehen, die in verschiedenem Maße eingeschränkt werden können und nur durch die allgemeine Geldform als eine gleichartige Masse von Konsumausgaben erscheint [1].

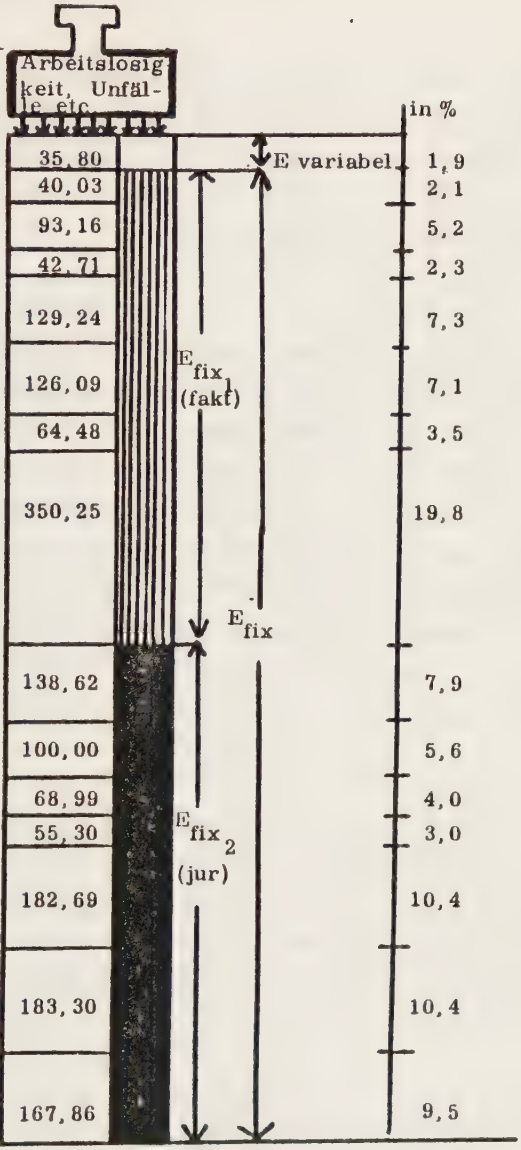
Das Monatseinkommen läßt sich somit als eine Säule übereinanderliegender Arten der individuellen Konsumtion auffassen, bei der die unteren Teile (Steuer, Versicherung, Miete etc.) nicht kontrahierbar sind, die daraufliegenden Bedürfnisbefriedigungsmöglichkeiten nur begrenzt und kurzfristig zusammengepreßt werden können und schließlich nur die Spitze als verfügbarer Einkommensteil in der Disposition des Konsumenten steht. Einkommenseinbußen und unvorhersehbare zusätzliche Belastungen wirken sich (um in diesem Bild zu bleiben) wie ein von oben drückendes Gewicht aus, mit dem diese Säule zusammengepreßt wird. Wie groß dabei der Dispositionsspielraum selbst bei einem relativ gut verdienenden mittleren 4-Personen-Arbeitnehmer-Haushalt mit 1778,52 DM im Jahr 1971 war, verdeutlicht die Graphik auf S. 364 [2].

---

1) Dieser Geldschleier zerreißt rechtlich nur in der Zwangsvollstreckung, wo in der Anerkennung einer Pfändungsfreigrenze (vgl. §§ 850-850 i ZPO) die Zuordnung der Geldeinkommen zur individuellen Konsumtion auch in den einzelnen Teilen wieder deutlich wird, und die Forderung des Gläubigers trotz der Gleichartigkeit des Geldes nicht das gesamte Einkommen erfaßt. Ein weiterer Beweis für die unter dem Geldschleier verborgenen verschiedenartigen Bedürfnisse sind die Verhältnisse in Zeiten äußerster Knappheit, wo Bezugsscheine den jeweiligen Lohnanteil erst vergegenständlichen und kenntlich machen müssen, um die Bedürfnisbefriedigung den Gegebenheiten anzupassen.

2) Der Durchschnittsverdienst eines 4-Personen-Arbeiter-Haushalts betrug im selben Jahr 1519,- DM, eines Angestelltenhaushalts 1841,- DM. Der durchschnittliche Bruttomonatsverdienst eines Arbeiters betrug damals 1278,- DM, das eines Angestellten 1577,- DM. Vgl. Osterland/Deppe u. a., Materialien ... a.a.O. S. 123 und 131

Monatliche Einkommensverwendung eines 4-Personen-Arbeitnehmerhaushaltes 1971 [1]



zur freien Verfügung	35,80	1,9
pers. Ausstattung / sonstiges	40,03	2,1
Bildung / Unterhaltung	93,16	5,2
Körperpflege / Gesundheit	42,71	2,3
Kleidung / Schuhe	129,24	7,3
Güter f. Haushaltsführung	126,09	7,1
Genußmittel	64,48	3,5
Nahrungsmittel	350,25	19,8
Verkehr/Rundfunk/Fernsehen	138,62	7,9
Tilgung der Ratenschuld	100,00	5,6
Zinsen aus KK/Beiträge etc.	68,99	4,0
Elektriz./Gas/Brennstoff	55,30	3,0
Wohnungsmiete	182,69	10,4
gesetzliche Versicherungen	183,30	10,4
Steuern	167,86	9,5
Bruttohaushaltseinkommen E =	1778,52 DM	= 100,0

1) Nach Osterland/Deppe u. a., Materialien zur Lebens- und Arbeitssituation der Industriearbeiter in der BRD, 4. Aufl. 73, Tab. 139, wobei eine Verpflichtung aus KK von 100,-/mtl. hinzugefügt wurde. 46,63 DM wurden für Nebeneinkünfte berücksichtigt.

Je mehr nun ein solcher Haushalt durch Konsumentenkreditverschuldung seinen monatlich verfügbaren Einkommensteil bindet, desto eher müssen sich die gesellschaftlichen Risiken, denen er ausgesetzt ist, dahingehend auswirken, daß Zahlungsunfähigkeit eintritt.

An erster Stelle ist auch bei uns die Arbeitsplatzunsicherheit zu nennen, von der insbesondere die unteren Einkommensschichten, deren verfügbares Einkommen ohnehin außerordentlich gering ist und die daher ihre Kreditrückzahlung bereits durch Abzug vom notwendigen Konsumtionsfond bestreiten, betroffen sind. Im November 1974 gab es 3,4 % Arbeitslose und 462 000 Kurzarbeiter (ca. 2,5 %). Im Januar bis zum Mai 1975 waren ca. 1 Mill. Erwerbslose entsprechend 5 % ohne Arbeit. Die Bundesregierung rechnet mit einer fortdauernden durchschnittlichen Arbeitslosenziffer von 4 % [1], die, vergleicht man die Verhältnisse in anderen Ländern [2], für die kommenden Jahre noch zu tief geschätzt erscheint. Eine solche Quote über ein Jahr hinweg bedeutet, daß ein Mehrfaches dieser Zahl die tatsächliche Betroffenheit der Lohnabhängigen widerspiegelt, da die durchschnittliche Zeit der Arbeitslosigkeit bei dem überwiegenden Teil der Arbeiter [3] wesentlich geringer als ein Jahr ist [4]. Von 1973 - 1978 rechnet die Commerzbank, daß 6 Millionen Arbeitnehmer von Arbeitslosigkeit betroffen waren [5].

Ein Arbeitsloser erhält als Verheirateter mit 2 Kindern bei einem Nettomonatsverdienst von 1312,- DM 892,- DM Arbeitslosengeld, was einer Einkommensminderung von 32 % (§ 111 AFG) entspricht. Hierbei bleibt noch unberücksichtigt,

---

1) Vgl. Tagesspiegel vom 27. Mai 1975 S. 16
2) USA schon seit Jahren über 6 % und inzwischen bei 9 %
3) Nur 150 000 sind in den Karteien der Arbeitsämter als "Nicht-Zuvermittelnde" eingestuft, Projekt Klassenanalyse, Materialien zur Klassenstruktur der BRD, 2. Teil 1974, S. 196
4) Vgl. die Angaben bei Osterland/Deppe u. a., Materialien ... a.a.O; S. 40 sowie 294 Anm. 3 m. w. Nachw.
5) nach Frankfurter Rundschau v. 1. II. 78

daß die Einkommenseinbuße dadurch erhöht ist, daß bei den Arbeitern die Überstundenverdienste wegfallen, die in normalen Zeiten fester Bestandteil ihres Einkommens sind [1]. Unser Modellhaushalt unter den Bedingungen, daß er keine Schulden zu tilgen hat, kann diese Belastung dadurch für einen kurzen Zeitraum überwinden, daß er neben seinen juristisch gebundenen Ausgaben auf alle anderen Ausgaben außer dem Notwendigsten der Haushaltsführung und Kleidung verzichtet und die Nahrungsmittelausgaben geringfügig einschränkt. Hat er nun für die Anschaffung eines Pkw einen ratenweise rückzahlbaren Konsumentenkredit von 5000,- DM mit einer Laufzeit von 48 Monaten zu den Bedingungen von 0,6 % p.m. plus 2 % sogenannte Bearbeitungsgebühr aufgenommen [2], so wird mit 136,25 DM monatlicher Ratenzahlungsverpflichtung sein gesamtes verfügbares Einkommen juristisch gebunden [3]. Hat er kein verfügbares Sparvermögen, so muß der 30 %ige Einkommensrückgang dazu führen,

---

1) So betrug 1970 trotz 40 Stunden-Woche die durchschnittliche Arbeitszeit der Arbeiter pro Woche 44,8 Stunden, nach Osterland/Deppe u. a. Materialien ... a.a.O. S. 300 Anm. 5; nur indirekt finden die in den letzten 20 Tagen vor der Arbeitslosigkeit geleisteten Überstunden Eingang in die Berechnung der Arbeitslosenunterstützung, da ihre höhere Entlohnung den durchschnittlichen Stundenlohn erhöht, der dann allerdings nur mit der tariflichen Wochenstundenzahl multipliziert wird; vgl. Krebs, Arbeitsförderungsgesetz, Bd. II § 112 Rdn. 15 u. 17

2) Dies entspricht einer Effektivverzinsung von 15,09 % und einer Verminderung seiner Kaufkraft durch Zinsbelastung um 1540,- DM

3) Eine solche Verpflichtung dürfte bei 2200,- DM pro-Kopf-Verschuldung der erwerbstätigen Bevölkerung (dazu s. u.) den Durchschnittsbedingungen eines bundesrepublikanischen Haushalts entsprechen

daß rechtliche Verpflichtungen nicht mehr eingehalten werden können, was sich vor allem in Miete, Gas, Strom und in den Ratenzahlungsverpflichtungen niederschlagen wird.

Ein Kurzarbeiter erhält 68 % des Stundenlohnes pro ausgefallene Stunde als Kurzarbeitsgeld [1]. Läßt man die fehlende Möglichkeit zu Überstunden wiederum außer acht, so ergibt sich bei einer über vier Wochen sich erstreckenden Kurzarbeit von 6 Stunden pro Tag [2] ein monatlicher Einkommensrückgang von 17 %, durch den der Modellhaushalt, dauert die Kurzarbeit an, wiederum an den Rand des wirtschaftlichen Ruins geführt wird, dem er auf Dauer sich nur durch Einstellung der Ratenzahlung entziehen kann. Nach den Angaben des rheinland-pfälzischen Sozialministers sind "mehr als eine Million Menschen als Folge der Arbeitslosigkeit in der Bundesrepublik unter das Sozialhilfeniveau und damit unter die Armutsgrenze geraten." [3]
Wird der lohnabhängige Konsument wegen Krankheit länger als 6 Wochen arbeitsunfähig, so wirkt sich das niedrigere Krankengeld ab diesem Zeitpunkt als eine ca. 20 %ige Schmälerung seines Einkommens aus (§ 182 Abs. 4 RVO), ohne daß hierbei die durch die Krankheit verursachten und nicht erstattungsfähigen Mehraufwendungen mitgerechnet sind.

Auch das in der Verfassung garantierte Streikrecht der Arbeitnehmer wird durch diese von gesellschaftlichen Ereignissen losgelöste Einkommensbindung im Konsumentenkredit außerordentlich erschwert und eingeschränkt, da etwa ein zweiwöchiger Streik im Metallbereich auch für Mitglieder der IG

---

1) § 68 Abs. 4 AFG
2) Als Kurzarbeiter werden diejenigen bezeichnet, die in 4 Wochen wegen Arbeitsmangel weniger als 9/10 der betrieblichen Wochenarbeitszeit tätig gewesen sind und Kurzarbeitergeld erhalten. Im einzelnen vgl. §§ 63 ff. AFG
3) nach Frankfurter Rundschau v. 1. 11. 78

Metall zu einem Lohnausfall von ca. 22,5 % führt, was die Ratenzahlungsverpflichtungen entsprechend berühren muß. Der geringe Inflationsgewinn, der durch die Preisberechnung des Konsumgutes zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eintritt, wird einmal durch die hohe Zinsbelastung, vor allem aber durch die Verteuerung der übrigen Lebenshaltung kompensiert.

Auch eine unvorhergesehene Mehrausgabe zur Erhaltung von Konsumgütern wie etwa bei einem "verschuldeten" Autounfall würde bei Kosten von 2000,- DM, die wiederum nur durch einen Ratenkredit aufgebracht werden könnten, zu einer einschneidenden Veränderung der notwendigen Konsumtion führen. Risiken wie Krankheit von Familienmitgliedern sowie Todesfälle, Umzugskosten etc. sind allgemein nicht berechenbar, in ihrer Wirkung aber sicherlich nicht geringer.

Der Konsument, der sich mit der Kreditaufnahme in verstärktem Maße den gesellschaftlichen Risiken, die sich gerade in den Jahren seit 1967 beträchtlich verstärkt haben und mit statistischer Wahrscheinlichkeit (so die Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, Autounfälle, Krankheit etc.) berechnen lassen, ausgesetzt hat, kann diese Risiken auch nicht bei der Kreditaufnahmeentscheidung berücksichtigen. Ist es ihm schon nicht möglich, die Risiken allgemein vorherzusehen, so wäre selbst für einen gelernten Betriebswirt und Statistiker eine Berechnung der individuellen Risikowahrscheinlichkeit unmöglich. Die Risiken sind trotz den Erfolgen sozialer Sicherheit für den einzelnen weiterhin gravierend und finden erst ihre letzte Grenze im Sozialhilfesatz und Obdachlosenasylen [1], so daß eine individuelle

---

1) Ausreichende Informationen hierüber bietet Jürgen Roth, Armut in der Bundesrepublik - Über psychische und materielle Verelendung

Sicherung und Vorsorge gar nicht möglich ist.

Hinzu kommt, daß der Konsument bei der Kreditaufnahmeentscheidung in eine Situation gerät, die er nicht überblicken kann. Während er in einem wenigstens partiellen Ansparprozeß die Konsumtionsmöglichkeit über längere Zeit im Auge hat, die Höhe seines verfügbaren Einkommensteils im Sparvorgang erproben kann und einen Begriff vom Verhältnis der geleisteten Arbeit zum Preis des Konsumgutes entwickelt, ist im Konsumentenkredit die Entscheidung auf wenige Stunden zusammengeschrumpft. Das "Aufschwatzen" vor allem teuerer Modelle als vorgesehen wird dadurch erleichtert, daß die "Leistung" des Konsumenten, nämlich die Unterschrift, gleich bleibt, während sich die Höhe der Monatsraten nur um wenige Mark unterscheidet bzw. die Laufzeit sich verlängert. Gerade aber die wenigen Mark unterhalb der Grenze des verfügbaren Einkommens sind nicht dieselben Mark, die oberhalb dieser Grenze aufgebracht werden, da sie die Konsumtion weitaus unverzichtbarer Konsumgüter repräsentieren. Die Werbung der Banken zielt genau auf diese psychologische Situation, indem sie ihr ganzes Prestige der soliden und uneigennützigen Bank, die nicht nur die Großen, sondern auch die Kleinen bedient, einsetzen. Mit Texten wie "Die große Bank für große und kleine Leute" (Schaufensterwerbung), "Wir sind nicht nur für die Großen da", "Auch bei der Aufnahme eines Darlehens können Sie Geld sparen" (Berliner Disconto Bank ≙ Deutsche Bank) oder "Das ist vernünftig, wirtschaftlich, vorteilhaft. Und einfach. Sie können zielbewußt planen. Kaufen, wo Sie wollen, wann Sie wollen. Sie sin Barzahler." [1] wird auf Glanzpapier mit bunten Photos überdurchschnittlich ausgestatteter Familien der Eindruck erweckt dies könne man sich alles risikolos anschaffen. Die abgebildeten Gegenstände liegen dabei weit über dem durchschnittli-

1) BHI-Privatdarlehen, BHI ≙ Dresdener Bank

chen Konsumniveau. "Mit beiden Füßen auf der Erde ein Erfolgsrezept zur raschen Erfüllung ihrer persönlichen Wünsche. Die Bank für Handel und Industrie kennt die Leute, die mit beiden Füßen auf der Erde stehen." Kein Wort von den Belastungen, die auch noch durch irreführende Zinsangaben neben dem Effektivzins [1] versteckt werden. Genau das Gegenteil von der Wirklichkeit wird suggeriert, wenn es heißt "Erfolg ... Alle suchen ihn. Manche haben ihn. Es sind die Leute, die mit beiden Füßen auf der Erde stehen. Die Realisten. Menschen, die Situationen richtig einschätzen und dann handeln." Und die große Gefahr des leichtfertigen Kaufs unnötig verteuernder Extras durch die veränderte Entscheidungssituation im Konsumentenkre dit wird bewußt verstärkt, wenn es heißt: "Durch günstige Auto-Finanzierung ein paar Extras extra." [2] [3]

Nicht jedoch die Werbung ist der Hauptfaktor in dieser zunehmenden materiellen Unsicherheit der Konsumenten. Die Fehlleistungen der Konsumenten bei der Kreditaufnahmeentscheidung sind nur Auswüchse und verstärkende Momente. Die Grundproblematik liegt darin, daß ohne langlebige Konsumgüter die individuelle Reproduktion des Konsumenten unter den gegenwärtigen gesellschaftlichen Bedingungen nicht mehr sichergestellt ist, so daß sie zur Kreditaufnahme gezwungen sind, da die Verfügbarkeit ihres Einkommens sonst immer weiter zurückginge. Dies weiß auch die Bankenwerbung, die die Stimulation einer Kreditaufnahmeentscheidung nur in zweiter Linie betreibt, und nach dem Rat der Marketing-Fachleute vor allem "Kunden zum Mehrkauf in der nachgefragten Leistung" [4] und zum "Kauf" der Leistung "bei sich" animie-

1) 0,32% pro Monat auf den ursprünglichen Betrag plus "Bearbeitungsgebühren" (1977)
2) Persönliches Auto-Darlehen der Berliner Disconto-Bank
3) Das nunmehr in § 1 b AbzG verankerte Reu-Recht betrifft die meisten Ratenkredite nicht
4) Slevogt, Marketing im Bankgeschäft, Festschrift Kaminsky, S. 190 (213)

ren will [1].

Wird auf diese Weise der Zusammenhang von individueller Konsumtion und Arbeitseinkommen zerschnitten und diese Isolierung der einzelnen Teile des individuellen Reproduktionsprozesses durch die Geldform verdeckt, so müssen in Konsequenz hiervon die lohnabhängigen Konsumenten voll jene gesellschaftlichen Risiken wie vor allem Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit und Krankheit übernehmen, die wohl nach allgemeiner Auffassung ihnen am wenigsten zugerechnet werden können [2]. Verwirklicht sich das allgemeine Damoklesschwert in der individuellen Situation, dann gibt es, wie bereits oben gezeigt wurde, in den meisten Fällen, wo ein Rückgriff auf liquides Vermögen nicht möglich [3] ist, auf längere Sicht keinen anderen Ausweg mehr, als vorher bar getätigten Konsum wie etwa Kleidung und Hausrat nunmehr ebenfalls durch Konsumentenkredite zu finanzieren. Die Kontoüberziehung erleichtert dies noch und läßt im Augenblick die verschärfende Wirkung dieses Behelfs vergessen. Hatte sich schon durch die ursprüngliche Kreditaufnahme die Kaufkraft des Einkommens um den Betrag der Darlehenskosten vermindert, so tritt nun durch die weitere Zinsbelastung bei dem verschuldeten Haushalt eine weitere Einkommensbelastung ein, die die Situation wiederum verschärft. Der Versuch, weitere Kredite aufzunehmen, muß die Folge sein. "The ultimate limit ... is set by that income, at which point one would be buying bread and news-papers on hire-purchase." [4] Die Ban-

1) "Sie werden feststellen, daß Kredit nicht gleich Kredit ist" Berliner Disconto Bank

2) Vgl. Gölter (CDU): "daß niemand mit gutem Gewissen behaupten kann, diese Lage wird bewußt in Kauf genommen." nach Frankfurter Rundschau v. 1. II. 78

3) Kaminsky, Die Teilzahlungsbanken, a.a.O. S. 75: Der Kreditnehmer ist kein "Spartyp", vgl. die Angaben zum Sparvermögen bei Osterland/Deppe u. a., ... a.a.O. Tab. 148, wobei zu berücksichtigen ist, daß ein Großteil des Sparvermögens nach dem 624, - DM-Gesetz angelegt und daher nicht liquide ist.

4) Cameron, Hire Purchase and the Stability of Consumption, Economic Record Melbourne 37. 1961 S. 497 ff. (500)

ken selber bieten für diesen Weg Umschuldungen an, durch die die verschiedenen Kredite [1] gegen eine Gebühr zusammengefaßt werden und in einen einheitlichen Ratenkredit umgewandelt werden, was eine zusätzliche Verteuerung bedeutet. Ist der Konsument wegen Überschuldung in einer solchen Krisensituation aber nicht mehr kreditwürdig, so bleibt ihm nur noch der Weg zu den Umschuldungsbüros, in denen oft Finanzmakler die Not der Menschen aufs äußerste ausnutzen [2]. Diese Risiken lassen sich in ihrer gesellschaftlichen Wirkung in der Realität festmachen, wenn auch bisher trotz ausholender juristischer Diskussion zum Abzahlungsgesetz hierüber noch keine empirische Untersuchung angestellt worden ist. Im Jahr 1953, als 1 491 000 Menschen als erwerbslos registriert waren, was einer Arbeitslosenquote von 9,5 % entspricht [3], ergab sich aus einer Untersuchung der deutschen IHK Bonn, daß 4 % aller Arbeiter bereits einmal gepfändet waren [4]. 1954, als der Konsumentenkredit die Milliardengrenze bereits weit überschritten hatte, und die Arbeitslosenquote 7,6 % betrug [5], ergab eine Untersuchung beim Amtsgericht Hamburg I, daß 15 % aller gerichtlich zu verhandelnden Sachen aus Abzahlungsgeschäften herrührten, was immerhin 4204 Sachen beim AG Hamburg entsprach, während 15 % aller Mahnverfahren entsprechend 40 000 Zahlungsbefehlen ebenfalls zur Durchsetzung von Forderungen aus dem Konsumentenkredit verschickt wurden [6]. In Arbeiterstädten des Ruhrgebiets betrug der Prozentsatz der Abzahlungssachen bei den Amtsgerichten sogar 29 % (Duisburg) und 25 % (Gelsenkirchen). Als Grund der gerichtlichen Strei-

---

1) Auch die bei anderen Kreditinstituten aufgenommenen, vor allem, um in der Zwangsvollstreckung an erster Stelle zu stehen.
2) Vgl. verbraucher rundschau Heft 8 1972 S. 6 "'Billiges' Geld ist oft sehr teuer - Vorsicht vor Umschuldungsbüros und Kreditvermittlern"
3) Osterland/Deppe u. a. Materialien ... a.a.O. Tab. 50
4) Nach Jahresbericht des Wirtschaftsverbandes der Teilzahlungsbanken, 1953 S. 14
5) Osterland/Deppe a.a.O.
6) Ewald, Das geltende Abzahlungsgesetz und seine Reform, S. 12

tigkeiten gibt Ewald [1] überwiegend Zahlungsunfähigkeit der Konsumenten an. Aufschlußreich hierzu ist eine Untersuchung, die 1965 in Canada zur Feststellung der Gründe der Zahlungsunfähigkeit angestellt wurde [2]. Als Gründe wurden angegeben:

Gruppe 1:	vom Schuldner nicht beherrschbares Unglück:	
	Krankheit des Schuldners	19 %
	Ausgaben für die medizinische Versorgung Abhängiger	16 %
	Arbeitslosigkeit	19 %
	anderes Unglück	5 %
	Bürgschaftsverbindlichkeit	12 %
		71
Gruppe 2:	falsche Haushaltsführung:	
	Exzessive Kreditaufnahme - Finanzmakler	10 %
	Exzessive Kreditaufnahme - Banken	5 %
	andere und unzureichende Verdienste	11 %
		26
Gruppe 3:	Eheprobleme	3 %
		3

Caplowitz [3] stellte 1973 folgende Verteilung der jeweils wichtigsten Zahlungsverzugsgründe [4] in den USA fest:

---

1) Neues Teilzahlungsrecht, 1959, S. 7/8
2) Nach Honsberger, Relief for the overcommitted debtor in Canada, in Ziegel/Forster, S. 238
3) Consumers in trouble, S. 53, 58
4) Nach Caplowitz sind zumeist mehrere Gründe mitursächlich

	Fälle	%
Kündigung der Arbeitsstelle	310	23,5
Krankheit des Hauptverdieners	193	14,6
Verlust des Arbeitsplatzes des zweiten Verdieners oder Verlust des Nebenverdienstes	31	2,3
sonstiger Einkommensverlust	29	2,1
Überschuldung (freiwillige)	172	13,0
Überschuldung (unfreiwillige)	66	5,0
Eheprobleme	84	6,0
Verhalten des Kreditgebers, das zur bewußten Zurückhaltung der Raten führt:		
Täuschung / Betrug	185	14,0
Zahlungsmißverständnisse:	92	7,0
Sonstiges	158	12,5
		100,0

Aus dieser Aufstellung geht deutlich hervor, daß der Arbeitsmarkt sowie das Einkommen die wichtigsten Faktoren beim Zahlungsverzug sind und nicht etwa eine schlechte Zahlungs-"moral" [1]. Dabei steigt der Prozentsatz derjenigen, die wegen Einkommensverlust in Verzug geraten, bei Personen mit geringem Einkommen erheblich an [2]. Dies Ergebnis dürfte auch für die Bundesrepublik gültig sein, da z. B. die Gruppe mit einem Haushaltsnettoeinkommen von 1200 bis 1500 DM 1973 nur durchschnittlich 123,- DM monatlich für die Anschaffung langlebiger und hochwertiger Konsumgüter ausgeben konnte, während der Gruppe mit einem Haushaltsnettoeinkommen zwischen 1800 und 2500 DM monatlich hierfür genau das Doppelte (246,- DM) zur Verfügung stand [3].

Aus einer Untersuchung aus dem Jahr 1974 beim Amtsgericht Charlottenburg [4] ergibt sich, daß 19 % aller Mahnverfahren

---

1) Ebenso Caplowitz, a.a.O. S. 18, 170. Nur 4 % der Fälle waren auf "Irresponsibility" (a.a.O. S. 53) zurückzuführen.
2) Unter 4000 Dollar Jahreseinkommen: 49 %; 4000 - 7999 Dollar: 43 %; über 8000 Dollar: 37 %.
3) Statistisches Jahrbuch für die BRD 1977 S. 430
4) Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 268 f., 313

aus Kreditgeschäften herrühren, wovon 98 % gegen Bürger gerichtet waren. Die freien Darlehen (Privatdarlehen, Einrichtungsdarlehen, Überziehungskredit) dominierten dabei mit 88 %, wobei in 79 % der Fälle die Gesamtsumme und nur in 20 % der Fälle die einzelnen Raten nachgefordert wurden.

Bezieht man diese Zahl auf die ganze Bundesrepublik einschließlich West-Berlin, so käme man auf 640 000 Zahlungsbefehle aus Konsumentenkrediten im Jahre 1972 [1].

Sporadische Meldungen, wie z. B. im März 1974 über die alarmierende Verschuldung der Zeitsoldaten in der Bundeswehr, die ihre Abfindungen zum größten Teil bereits verpfändet hatten [2], machen verständlich, warum sich die Norisbank [3] Anfang 1974 gezwungen sah, Arbeitslosen vorübergehend die Ratenzahlungen zu stunden [4]. Dies wird von ihr bis heute beibehalten, jedoch durch ihre vergleichsweise hohen Zinsen kompensiert (s. o.). Die ABC-Bank bietet stattdessen zwei ratenfreie Monate zur freien Auswahl an. Rechtliche Verpflichtungen hierzu bestehen nicht. Vielmehr bestimmen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelmäßig, daß im Fall des Zahlungsverzugs noch die Gesamtsumme fällig wird [5] sowie, daß diese Rechtsfolge schon vor dem Verzugsfall durch Kündigung des Kreditinstitutes eintritt, wenn der Konsument oder Bürge in "Vermögensverfall" gerät, was z. B. beim Tod des Familienvaters der Fall sein kann [6].

Das wichtigste gesellschaftliche Problem der Konsumentenkredite liegt somit darin, daß durch den Konsumentenkredit der verfügbare Einkommensteil für einen bestimmten Zeitraum gebunden wird, obwohl er aufgrund der allgemeinen gesellschaftlichen Risiken unseres Wirtschaftssystems wegfallen kann. [7] Welche

---

1) Vgl. BRatDrucks 551/74 S. 46
2) Frankfurter Rundschau vom 22. März 1974 S. 4
3) 100 %ige Tochter von Quelle
4) Frankfurter Rundschau vom 22. Februar 1974 S. 5
5) Für Abzahlungsgeschäfte eingeschränkt durch § 4 Abs. 2 AbzG
6) Auskunft eines Bankenvertreters
7) Ein typisches und erschreckendes Beispiel bot sich 1971 in den USA, wo die Regierung des reichsten Landes der Welt Brotmarken ausgab, da für einen erheblichen Teil der Bevölkerung der Konsum des unmittelbaren Lebensbedarfs durch den kreditüberlagerten Konsum verdrängt wird. Da in den USA die pro-Kopf-Verschuldung etwa dreimal so hoch ist, wie in der Bundesrepu-

Forts. s. S. 377

soziale Relevanz diese Inkongruenzen zwischen juristischer Form von Konsumgütererwerb und Einkommen haben, läßt sich nur erahnen, wenn man davon ausgeht, daß etwa im Jahre 1973 von Arbeitern, Angestellten, Beamten und Rentnern über 16 Millionen Kredite mit einem Gesamtwert von über 49 Milliarden DM aufgenommen wurden [1] und sich 1975 eine durchschnittliche Verschuldung der Arbeiterhaushalte in Höhe von 4494,- DM und von Angestellten-, Beamtenhaushalten in Höhe von 2932,- DM errechnet [2].

II Die zivilrechtliche Beurteilung

1. Die Isolierung der Kreditrückzahlung vom Einkommen in der Zivilrechtsdogmatik

Das Problem, daß im Konsumentenkredit gesellschaftliche Risiken wie Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, Krankheit, Unfall etc., die mit statistischer Wahrscheinlichkeit berechenbar feste Be-

---

7) Forts. von S. 376:
blik (TW 74 5/36), ist es nicht selten, daß die Einkünfte der Konsumenten für den nächsten Monat teilweise bis zu 70 %, für den übernächsten Monat bis zu 50 % und den darauf folgenden Monat bis zu 30 % durch Zahlungsverpflichtungen belegt sind. (Hoerter, Der finanzierte Abzahlungskauf, S. 14). Bei meinem USA-Aufenthalt 1971 lernte ich eine Familie kennen, die gleichzeitig an drei Autos abzahlte, da die Konsumperiode ihres Autos jeweils kürzer gewesen war als die Abzahlungsperiode. 1972 stammten 91,6 % aller Konkursanmeldungen in den USA von Verbrauchern, was die Regierung dazu zwang, ein durch die Gerichte vermitteltes Umschuldungsverfahren einzurichten. (König, Konsumentenkredit, S. 77). Wie Ostler/Weidner behaupten kann (AbzG Einl. Anm. 16), die Verhältnisse in den USA zeigten keine Mißstände, bleibt unbegreiflich. (Vgl. zu den Verhältnissen im einzelnen König, a.a.O.; Curran, Trends in Consumer Credit Legislation, Chicago 1966 S. 1 ff.; Caplovitz, Consumers in trouble - A Study of Debtors in Default; ders., The Poor Pay More)

1) Errechnet nach der Anzahl der Schufa-Rückfragen, die sich nur auf Kredite bis 20.000,- DM beziehen und weitgehend obligatorisch sind. Von dieser Anzahl wurde der Prozentsatz der Kredite an Kleingewerbetreibende und freie Berufe abgezogen, da sie meist keine Konsumentenkredite sind. Angaben nach TW 73 2/20; 74 4/31; Jahresbericht des Wirtschaftsverbandes der Teilzahlungsbanken 1967, S. 8

2) Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 192

standteile unseres gesellschaftlichen Lebens sind, über die isolierte fortdauernde Ratenzahlungsverpflichtung auf die im Einzelfall mehr oder weniger zufällig betroffenen Konsumenten abgewälzt werden, tritt in der zivilrechtlichen Formulierung dieser "Störungsfälle" nicht auf. Die zur Bezeichnung dieser Sachverhalte in der rechtlichen Argumentation verwandten Begriffe wie Störung, Verzug, Leistung und Vertrag lassen es für die juristische Bewertung ausreichen, wenn im Erscheinungsbild des technischen Abwicklungsprozesses bestimmte Formen erkennbar sind. Symptome wie der Zahlungsverzug werden dann nicht zum Anlaß einer Analyse genommen, sondern als hinreichende Begründung einer Verfehlung des Schuldners behandelt. Wenn durch Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit etc. der Konsument, der seinen verfügbaren Lohn zur Erhaltung seines Lebensstandards in der Form des Konsumentenkredits binden mußte, diesen verfügbaren Lohnteil verliert und je nach den Umständen zur Wahrung wenigstens der einfachsten Reproduktionserfordernisse seine Ratenzahlung einstellen muß, so heißt dies in der juristischen Sprache:

> "Störungen in der Abwicklung des Darlehensverhältnisses ergeben sich dann, wenn K, obwohl das Kaufverhältnis in Ordnung ist, mit der Zahlung einer oder mehrerer Raten der Darlehensschuld in Zahlungsverzug kommt." 1)

Was damit gemeint ist, daß das Kaufverhältnis 'in Ordnung' sei, ergibt sich aus der formalen Feststellung,

> "daß K zwei Verträge schließt: Einen Kaufvertrag mit V und einen, durch Vermittlung des V, der dabei als Verhandlungsgehilfe des F auftritt, zustande kommenden Darlehensvertrag mit F." 2),

nicht aber daraus, ob die Relation zwischen individueller Kon-

---

1) Larenz, Das Zurückbehaltungsrecht im dreiseitigen Rechtsverhältnis, Zur Rechtslage des Käufers beim finanzierten Ratenkauf, Festschrift Michaelis, S. 193 ff. (194)
2) Larenz, a.a.O.

sumtion und entsprechenden Einkommensteilen im Konsumverhältnis nicht erheblich gestört ist. Nicht das Konsumentenkreditverhältnis in seinen sozialen Beziehungen und Abhängigkeiten, sondern "der Vertrag ist - kraft seiner Funktion als Instrument, autonome Akte mit rechtsverbindlicher Wirkung zu setzen - Gegenstand rechtlicher Bewertung." [1]

Aus dem Vertrag ergeben sich die Rechte und Pflichten des Konsumenten und in seiner Gestaltung ist, im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften, die sich jedoch für diese Fälle ausnahmslos der vertraglichen Gestaltungsmacht unterordnen, programmiert, wie die Probleme zu lösen sind. Was jedoch Inhalt dieses Vertrags ist bzw. nicht unter die vertraglichen Bestimmungen aufgenommen wird, bestimmen die Kreditgeber in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen, von denen sie selber sagen, daß es allgemeine Regeln sind, "an die sich beide Teile zu halten haben" und deren Gesetzeskraft durch die Feststellung "Nur so können Kunde und Bank wissen, was unter ihnen rechtens ist" [2] unterstrichen wird. Dabei ist es nicht einmal erforderlich, daß der Konsument diese Bedingungen, die er nach herrschender Auffassung durch seine Unterschrift zum Vertragsinhalt gemacht hat, verstehen kann. Er muß sie nur kennen "können" [3]. Die gesellschaftliche Wirklichkeit wird ersetzt durch die im Vertragsformular und den Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch die Kreditgeber und das Gesetz beschriebene Situation. Nur dadurch erscheint folgerichtig, daß die Bank die Restkreditsumme fällig stellt und den sicherungsübereigneten Kühlschrank, die Wohnzimmergarnitur, die Waschmaschine oder das Auto, die für den Konsu-

---

1) Müller-Laube, Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft, S. 50
2) Einleitung der gemeinsamen AGB der Geschäftsbanken. In der Fassung von 1976 fehlt diese Passage.
3) Vgl. Fikentscher, Schuldrecht, 5. Aufl. 1975, § 26 V 5 S. 100; BGHZ 9, 1; 17, 2; vgl. § 2 AGB-G

menten einen ungeschmälerten Gebrauchswert besitzen, in der Zeit der unverschuldeten persönlichen wirtschaftlichen Krise wegnimmt und für einen Preis verwertet oder anrechnet, durch den weder die ausstehenden Schulden beglichen werden, noch eine ähnliche Nutzungsmöglichkeit beschafft wird:

> "In diesem Fall wird F auf Grund seines Sicherungseigentums von K die Herausgabe des Kaufgegenstandes verlangen, um sich aus dessen Verwertung schadlos zu halten." [1]

Die Mißachtung des sozialen Zusammenhangs einer Vertragsstörung zugunsten der Kreditgeber und zu Lasten der Konsumenten ist nicht der Gestaltungsmacht der Kreditgeber in den AGB allein zuzurechnen. Die eigentliche Ursache liegt vielmehr in dem im bürgerlichen Gesetzbuch selber verborgenen Vorverständnis über die soziale Wirklichkeit, dessen Entscheidungsrelevanz weitaus höher einzuschätzen ist, als die von Esser [2] aufgezeigten Vorverständnisse.

Dieses Vorverständnis, wie es in den §§ 607 ff. BGB sowie den allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts (§§ 241 ff. BGB) zugrunde gelegt ist, geht davon aus, daß im Darlehensvertrag gegenseitige gleichartige Leistungsverpflichtungen durch übereinstimmende Willenserklärungen festgelegt sind, die sich beide durch ihr Interesse an dem Geld auszeichnen. Der Darlehensschuldner erwirbt eine "Geldüberlassung auf Zeit" [3] und der Darlehensgeber erhält hierfür ein Entgelt in Form der Zinszahlungen, die gleichfalls eine Geldleistung darstellen. Mit der Überlassung der Darlehenssumme hat die Bank das ihrerseits Erforderliche getan und die Leistung erbracht. Nach dem Prinzip der Gegenseitigkeit muß der Konsument nun das seinerseits Erforderliche tun. Nach dem Grundsatz "pacta sunt servanda" ist er zur Rückgewähr der Darlehenssumme ein-

---

1) Larenz, a.a.O. S. 195
2) Vorverständnis und Methodenwahl, a.a.O.; vgl. oben S.
3) Medicus, Bürgerliches Recht, § 27 III 4 c bb

schließlich der Zinsen in den vereinbarten Zeiträumen verpflichtet. Damit ist die Leistungspflicht des Kreditnehmers bereits erschöpfend geregelt. Das BGB läßt es genügen, daß als Gegenleistung die Geldsumme bestimmt ist, ohne daß deren Herkunft und Zwecksetzung Vertragsinhalt werden muß. Es spielt daher keine Rolle, daß die Leistung des Kreditnehmers nur aus seinem laufenden Arbeitseinkommen erfolgen kann. Eine Bindung dieser Leistungsverpflichtung an das verfügbare Einkommen, selbst wenn die Leistung nach dem Wissen aller Vertragsbeteiligten tatsächlich nur in dieser Weise erbracht werden kann, wird kraft Gesetzes nicht Bestandteil des Vertrages. Aufgrund rechtsgeschäftlicher Erklärung kann dieser Zusammenhang schon deshalb nicht in die Bestimmungen des Vertragsformulars aufgenommen werden, weil neben dem Gesetz jene den Inhalt dieser Formulare diktieren, deren Interessen gerade in der Leugnung eines solchen Zusammenhangs besteht, damit sie später bei Zahlungsverzug Zugriff auf alle Bestandteile des Konsumfonds haben.

Bei der Kreditwürdigkeitsprüfung, bei der es um die allgemeine Sicherung des Kredits geht, wird dieser Zusammenhang dagegen deutlich herausgestellt, wenn der Kreditnehmer verpflichtet ist, eine Bescheinigung über Gehalt und Stelle seines Arbeitgebers beizubringen, von ihm alle Daten über laufende Ausgaben, Schulden etc. erfaßt werden und er ferner den pfändbaren Teil seines monatlichen Einkommens im voraus zur Sicherheit zedieren muß.

Für denjenigen, der, ausgehend von der sozialen Problematik im Konsumentenkredit, die Leistungen des Zivilrechts zur Problemlösung untersucht, wird dabei unübersehbar, daß diese formale Bestimmung der Leistungspflicht des Kreditnehmers als "Geldleistungspflicht" die entscheidenden Elemente des sozialen Vorgangs wegläßt, was sich im Falle des Zahlungsver-

zuges als entsprechende Parteinahme des Richters für die Kreditgeber auswirken muß.

Erstaunlich ist demgegenüber, daß in Rechtsprechung und Lehre so weit ersichtlich nirgends auf diese entscheidende Verkürzung hingewiesen wird und diese Leistungsbestimmung als natürlich und selbstverständlich hingenommen wird. Diese Selbstverständlichkeit entspringt jedoch der am Gesetz selber geschulten juristischen Denkweise, da gerade § 607 BGB den Austausch von Geld als Selbstzweck voraussetzt und durch keine Bestimmung überhaupt erst die Vermutung aufkommen läßt, Geld könne u. U. nur Mittler zu anderen Zwecksetzungen sein. Das gleiche gilt für das Schadensersatzrecht des BGB, in dem das Geld als die allumfassende Ware in allen Fällen als unbeschränkt verfügbares Mittel des Schadensersatzes angesehen wird, ohne daß sich nur der geringste Hinweis darauf findet, daß Geldvermögen die unterschiedlichsten Funktionen erfüllen kann und daher beim Arbeitnehmer keineswegs eine gleiche Materiatur darstellt.

Aus dieser gesetzlichen Ausgestaltung von Geld, dessen Erwerb ein Zweck an sich und dessen Verausgabung voraussetzungslos und überall gleich begründet ist, wird es verständlich, warum dies sogar zum Dogma des Zivilrechts schlechthin erhoben werden konnte. Der Satz "Geld hat man zu haben" [1], wird so zum impliziten Denkverbot darüber, woher man dieses Geld zu haben hat. Larenz [2] drückt dies Dogma folgendermaßen aus:

> "Fehlt es dem Schuldner freilich an Geldmitteln, so hat er sie sich, ..., zu beschaffen; unverschuldetes Leistungsunvermögen befreit ihn nicht, ... weil nach unserer Rechts-

---

1) BGH LM Nr. 5 zu § 275 BGB; Fikentscher, Schuldrecht, § 29 I 1 S. 131; § 12 III

2) Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I S. 141; ebenso Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. 1, Allgemeiner Teil, Teilband 1, S. 66

ordnung, wie die Bestimmungen über den Konkurs und über die Vollstreckung wegen Geldforderungen ergeben, Zahlungsunfähigkeit, ganz gleich, worauf sie beruht, als solche noch kein Grund zur Befreiung von der Zahlungspflicht ist."

Diese dogmatische Grundanschauung von den wirtschaftlichen Verhältnissen gibt die Verhältnisse dort richtig wieder, wo in einer beständigen Metamorphose von Waren in Geld und Geld in Waren Vermögensmassen eingesetzt werden, um Gewinn zu erzielen [1]. Der Darlehensgeber gibt dort sein Geld hin, um es vermehrt zurückzubekommen. In dieser Sphäre des Warentausches um des Tausches selber willen hat aber auch der Darlehensnehmer kein anderes Interesse und ist in keiner anderen Situation. Er leiht sich das Geld bei der Bank, um damit seinerseits Gewinne zu machen.

Der Kreditnehmer erwirbt dort das Geld ebenso aufgrund seiner selbst willen, wie der Kreditgeber es im Kredit verausgabt hat. Für diese selbstliquidierenden Investitionskredite gilt, daß beide Parteien, die dasselbe, nämlich Gewinn, auf dieselbe Weise, nämlich durch Verausgabung von Geld, erreichen wollen, auch den gleichen Regeln des Risikos unterworfen werden. Gelingt dem Kreditnehmer die Spekulation nicht, wonach er aus der geliehenen Summe durch Investition eine größere Summe herausbekommen soll, so hat er dieses Risiko zuallererst selber mit seinem übrigen für diese Prozesse bereitstehenden Vermögen zu zahlen. Er trägt dann kein größeres Risiko als der Kreditgeber, der durch den Konkurs des Kreditnehmers bedroht ist. In diesem Verhältnis gibt es prinzipiell die Gleichheit der Interessen, die Freiheit, ein Geschäft je nach Kalkulation abzuschließen oder zu unterlassen, die Gleichheit im Risiko. Auf beiden Seiten ist der Gelder-

---

1) "Ware wird verkauft, nicht um Ware zu kaufen, sondern um Warenform durch Geldform zu ersetzen. Aus bloßer Vermittlung des Stoffwechsels wird dieser Formwechsel zum Selbstzweck." (Marx, Das Kapital Bd. I, MEW 23, 144) oder wie Kaminsky (Die Teilzahlungsbanken S. 31) es ausdrückt: "Er will verkaufen und Gewinne machen."

werb das eigentliche Ziel des Geschäfts.

Das Moment der Spekulation jeder Investition wird durch den Grundsatz "pacta sunt servanda" lediglich rechtlich anerkannt und fixiert.

Ganz anders liegen dagegen die Verhältnisse im Konsumentenkredit. Zwar ist das Interesse des Kreditgebers das gleiche geblieben. Er verleiht Geld, um aus demselben Geschäft mehr Geld herauszubekommen [1]. Der Konsument dagegen erstrebt ein Konsumgut, das er zu seiner individuellen Reproduktion verbrauchen muß. Dieses Produkt steht jedoch im Eigentum desjenigen, dem die Produktionsmittel gehören bzw. desjenigen Händlers, der es von dem ursprünglichen Eigentümer erworben hat. Der Weg des Konsumenten zu dieser Konsumtionsmöglichkeit führt daher allein über das Geld, das sich als vermittelnde Instanz zwischen ihn und das Produkt geschoben hat. Der Erwerb einer "Geldüberlassung auf Zeit" ist damit nicht Zweck des Geschäftes, sondern für den Konsumenten nur Mittel, um ein hochwertiges Konsumgut entsprechend seiner Einkommensperiode erwerben zu können. Im Gegensatz zum Investitionskreditnehmer kauft der Konsument mit dem überlassenen Geldbetrag nicht einen Gegenstand, um ihn wieder direkt oder nach Verarbeitung weiterzuverkaufen, sondern er kauft ihn, um ihn für sich selber zu verbrauchen. [2] Dieser Verbrauch der "Nützlichkeit eines Dings" [3] verwirklicht sich in der Person des Konsumenten, indem sein körperliches und seelisches Wohlbefinden erhalten

---

1) "mit der hinterlistigen Absicht, seiner wieder habhaft zu werden." (Marx, Das Kapital Bd. I MEW 23, 163)

2) Vgl. zu den Kategorien auch Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., § 134 "Der Wert", wobei dort für Gebrauchswert die Bezeichnung "subjektiver Wert" und für Tauschwert die Bezeichnung "objektiver Wert" verwandt wird

3) Marx, a.a.O.

oder erhöht wird, wodurch seine Arbeitskraft erneuert, gestärkt und qualifiziert, d. h. reproduziert wird [1].

Aus diesem Prozeß der Konsumtion des auf Kredit gekauften Gegenstandes entsteht somit ein Produkt, das selber keinen unmittelbar realisierbaren Wert hervorbringt, aus dem der Kredit samt Zinsen zurückgezahlt werden kann. Die Rückzahlung des Kredits erfolgt aus einem anderen Prozeß, nämlich, berücksichtigt man die empirische Verteilung der Konsumentenkredite, ausschließlich aus dem Prozeß des Gelderwerbs durch lohnabhängige Arbeit. Diese lohnabhängige Arbeit findet jedoch unter anderen Bedingungen wie die Konsumtion statt und wird daher nicht unmittelbar von ihr beeinflußt [2]. Für den Konsumenten besteht daher ein enger Zusammenhang nicht zwischen Kreditverwendung und Darlehensrückzahlung wie bei den Investitionskrediten, sondern zwischen Darlehensrückzahlung und seinem Lohn, Gehalt oder Rente und dem hierdurch bestimmten Konsumfond. In dieser Sphäre bedeutet der "Grundsatz der persönlichen und unbeschränkten Haftung" [3], daß dem Gläubiger nach dem materiell-rechtlichen Prinzipien der Konsumfond des Arbeitnehmers, d. h. dessen Lebensbedingungen und damit letztlich doch dessen Leben und Gesundheit in die Hand gegeben werden. Zwar wird dies in der Konsequenz der Zwangsvollstrek-

---

1) Für den Urlaub hat dies auch die Rechtsprechung erkannt, vgl. dazu BGH NJW 75, 40

2) Eine gewisse mittelbare Abhängigkeit ergibt sich, wenn durch die entsprechende Konsumtion die Arbeitskraft in der Weise qualifiziert oder freigesetzt wird, daß hierdurch ein neuer Lohnerwerb oder eine Lohnsteigerung ausgelöst werden kann. (Vgl. Schimanski, Zur Theorie des Konsumentenkredits, a.a.O., S. 14 ff.) Hieraus ergibt sich jedoch auch nur eine "Chance und Verdienstmöglichkeit", die noch keinen unmittelbaren Wert darstellt und nach der Rechtsprechung dementsprechend als so gering eingestuft wird, daß sie keinen selbständigen Vermögenswert besitzt, BVerfGE 20, 31(34); 28, 119 (141 f.); 30, 292 (334 f.); BGH NJW 75, 1017

3) Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. I, Allg. Teil, § 6 IV 1 S. 66

kung durch den Pfändungsschutz abgemildert, jedoch bleibt das unsoziale Prinzip Grundlage des bürgerlichen Rechts.

Der Konsumentenkreditnehmer hat ein doppeltes Interesse, das nichts mit dem Interesse des Kreditgebers gemeinsam hat und sich in qualitativ verschiedenen Prozessen verwirklicht. Einmal erstrebt er die Geldleistung nur zur Erlangung des Gebrauchswertes einer Sache und nimmt damit das Geld als notwendiges Übel in Kauf, zum anderen steht die Rückzahlung des Kredits unter den Bedingungen seines Konsumfonds und Arbeitseinkommens. Seine eigene Leistung sieht er darin, aus seinem erwarteten verfügbaren Teil des zukünftigen Arbeitseinkommens hierfür Zahlungen zu entrichten.

Für den Konsumenten heißt daher der Grundsatz "Geld hat man zu haben": "Arbeitseinkommen hat man zu haben". In dieser Form wird deutlich, daß die herrschende Rechtsauffassung, die ein Recht auf Arbeit ablehnt [1], mit der Anwendung dieses Grundsatzes auf den Konsumentenkredit ein Maß verwendet, das der Kapitalsphäre entnommen ist.

Diese ideologische Gleichsetzung von Verhältnissen der individuellen Konsumtion und Verhältnissen der Kapitalverwertung in der Zivilrechtsdogmatik ergibt sich aus dem Schein, den das Geld auf einer bestimmten Stufe des gesellschaftlichen Entwicklungsprozesses ausstrahlt. Die doppelte Bestimmung im Geld selber als Mittel zur Gebrauchswertverschaffung in der Verteilung der Güter des persönlichen Verbrauchs und als Mittel zur Akkumulation von Reichtum, der in der Form des Geldes [2] als "Produktionsfaktor Kapital", sich selbst verwertender Wert, wieder verausgabt werden kann, findet sich in

---

1) Z. B. Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz Art. 12 Rdn. 4
2) "der stets schlagfertigen, absolut gesellschaftlichen Form des Reichtums" (Marx, Das Kapital Bd. I MEW 23, 145)

dem Geldsubstrat nicht wieder [1]. Die "Geldüberlassung auf Zeit" bietet ausreichenden tatsächlichen Anhaltspunkt, um sie als "zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens" (Leistung) in die juristische Bestimmung des Vertragsinhalts aufnehmen zu können. Die Abstraktheit der Geldschuld ergibt sich jedoch nur so lange aus dem "Wesen" des Geldes, wie man seine ökonomischen Bestimmungen nicht unter dem Schein seiner Allgemeinheit und Gleichheit hervorholt.

2. Dogmatische Neubestimmung der Geldleistungspflicht des Konsumenten

a) Zurechnung des sozial möglichen Willens als Vertragsinhalt

Eine Neubestimmung der "Leistung" entsprechend der Interessensituation des Verbrauchers unter Berücksichtigung der Prinzipien der Rechtssicherheit hat die gesellschaftlich erkannten Zusammenhänge, soweit sie sich am Erscheinungsbild der Abwicklungsformen festmachen lassen, in die Vertragsauslegung einzubeziehen. Das bedeutet, daß das Schwergewicht bei der Ermittlung des Leistungsinhalts nicht mehr allein auf dem in der Vertragsurkunde und den Allgemeinen Geschäftsbedingungen diktierten rechtsgeschäftlichen Willen der Kreditgeber liegt [2], sondern daß der unter den bestehenden wirtschaftlichen Verhältnissen den Parteien bekannte und konkret allein mögliche soziale Leistungsinhalt im Mittelpunkt der Vertragsauslegung steht. Das bedeutet, daß die "Willenserklärung" nicht mehr, wie dies bereits bei der Anscheinsvollmacht der korrigierenden Vertragsauslegung und anderen Eingriffen geschehen ist, nur mit dem in der Kommunikation "geäußerten Willen" der Kreditnehmer identifiziert werden kann. Eine sol-

1) Dieses erscheint als "gleichförmige gesellschaftliche Materiatur unterschiedsloser Arbeit" (a.a.O. S. 124) "Man sieht dem Geld daher nicht an, welchen Schlags die in es verwandelte Ware." (a.a.O.)

2) Vgl. dagegen Fikentscher, Schuldrecht, § 26 V 1 S. 96

che Identifikation widerspricht dem material verstandenen Ideal der Willensfreiheit, da die Anknüpfung am geäußerten Willen unter den Bedingungen im Konsumentenkredit die Funktion der Freiheitssicherung nicht mehr erfüllen kann. Dies würde die Herstellung herrschaftsfreier Kommunikation voraussetzen, was schon in der Form individueller Vereinbarung über gesellschaftliche Tatbestände nicht erreichbar ist und selbst in anderer Form unter den Bedingungen eigentumsvermittelter Macht ausgeschlossen bleibt. Das Prinzip der Zurechnung von Rechtsinhalten zum kommunizierten Willen behält damit im Konsumentenkredit mit seinen standardisierten Verträgen und der Übermacht der Anbieter, d. h. in einem Feld beherrschter Kommunikation, nur dort seinen Sinn, wo über das "Ob" eines Vertrages zu entscheiden ist. Bei der Bestimmung des Vertragsinhalts ist jedoch danach zu fragen, welcher Vertragsinhalt nach den sozialen Bestimmungen der zugrunde liegenden Interaktionen überhaupt möglich ist und von welchem Inhalt die Parteien ausgingen, ohne daß es dabei darauf ankäme, wie diese Grundlage in den AGB umdefiniert worden wäre.

Genau das ist aber auch der Inhalt, den die Rechtsprechung mit der Formel des "redlicherweise vereinbart hätten" umschreibt, nur daß die "Redlichkeit" der "Richtigkeit" zu weichen hat, weil bei entgegengesetzten Interessen der moralische Standpunkt ebenso widersprüchlich bleiben muß wie das zugrunde liegende Verhältnis. Dabei hilft es nicht, die Nichtberücksichtigung der Verbindung von Kreditrückzahlung und Einkommen mit der Figur der Gesetzes - oder Vertragslücke zu kompensieren, da zur Lückenausfüllung "der Vertragszweck als Maßstab" [1] herangezogen werden soll [2]. Im Konsumentenkredit gibt es unter marktwirtschaftlichen Bedingungen jedoch keinen einheitlichen Vertragszweck. Dieser Ver-

---

1) Vgl. BGH NJW 54, 874
2) Ebenso Larenz NJW 63, 737 (739)

trag dient zwei qualitativ verschiedenen und entgegengesetzten Zwecken, nämlich der Geldverwertung und dem persönlichen Verbrauch: Nimmt man allein die Geldverwertung, formalisiert im Tauschprinzip, wie es in § 607 BGB, der herrschenden Lehre sowie den Formularbedingungen der Kreditgeber festgeschrieben ist, als Vertragszweck, so besteht für Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, Krankheit etc. eben keine Regelungslücke, da sie mit diesem Zweck nichts zu tun haben. Nimmt man dagegen als Vertragszweck die Vermittlung des persönlichen Verbrauchs der Kreditnehmer durch Angleichung von Konsum- und Einkommensperiode, so wird eine Einkommensminderung zu einem entscheidenden regelungsbedürftigen Faktor im Kreditvertrag.

Richtig ist es im Konsumentenkredit, daß in dieser Form der Angleichung von Konsum- und Einkommensperiode die Ratenrückzahlung gerade aus dem Einkommensteil erfolgen soll, der sonst für das Ansparen auf hochwertige und langlebige Konsumgüter und Dienstleistungen bereitstünde. Diesem Zusammenhang entspricht auch die empirische Gestalt von 99 % aller ratenweise rückzahlbaren Konsumentenkredite. Wenn dieser Zusammenhang durch die Abstraktion der Geldschuld hinwegdefiniert wird, so bedeutet ihre richterliche Berücksichtigung lediglich dort ein wenig von der unter dem Diktat der Kreditgeber verdrängten "Willenserklärung" der Kreditnehmer sichtbar zu machen, wo sie aufgrund der sozialen Umstände gar nicht anders hätte sein können. Dies ist weder Freirecht und Willkür noch Bevormundung und Inhaltszwang, weil es sich hierbei um

1. eindeutig feststellbare soziale Tatbestände handelt, die nicht hinweg- oder umdefiniert werden können, und
2. weil der Konsument nicht gezwungen ist, seine nunmehr im Vertrag berücksichtigte soziale Zwecksetzung rechtlich zur Geltung zu bringen. Die Unterwerfungsmöglichkeit,

die fälschlich als Schutz vor Bevormundung der Verbraucher bezeichnet wird, bleibt ihm ja im Wege des Rechtsdurchsetzungsverzichtes erhalten. Sie wird nur durch eine weitere adäquatere Gestaltungsmöglichkeit ergänzt.

Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) wird anstelle einer Legitimation zur Entscheidung durch Rechtsgefühl zum konkret wissenschaftlichen Auftrag, die bestimmenden Elemente einer rechtlich relevanten sozialen Beziehung zu erkennen und mit den gesetzlichen Wertungen zu konfrontieren. In einer sozialen Auslegung der Verträge ist der "wirkliche Wille" (§ 133 BGB) nicht nur hinter psychologischen Barrieren wie Irrtum und Drohung, sondern auch unter den Barrieren sozialer Herrschaft hervorzuholen, um im Sozialstaat für Konsumenten aus der Freiheit zur Unterwerfung eine Freiheit zum Handeln werden zu lassen.

Die Feststellung, daß der gesellschaftliche Sinn des ratenweisen Konsumentenkredits in der Angleichung von Konsum- und Einkommensperiode liegt und nach den sozialen Möglichkeiten und Zweckbestimmungen die Rückzahlungspflicht somit auf das monatlich für entsprechende Anschaffungen verfügbare Einkommen bezogen ist, ist somit wesentlich, um die Leistungspflicht sozial verstehen und rechtlich interpretieren zu können.

b) Die konkreten Anhaltspunkte der Zurechnung in einer sozialen Vertragsauslegung

Mit der allgemeinen sozialen Bestimmung des Leistungssynallagmas ist der objektive Zusammenhang gegeben, unter dem das Konsumentenkreditverhältnis auch als Rechtsverhältnis verstehbar wird. Da zumindest theoretisch die Möglichkeit besteht, daß ein Verbraucher im Einzelfall einmal die Rückzahlung aus anderem erwarteten oder vorhandenen Vermögenszuwachs als seinem verfügbaren Einkommen (Erbschaft, Fällig-

keit eines Prämiensparvertrages etc.) erbringen kann und wi
ist die allgemeine Bestimmung am konkreten Vertrag festzu-
machen, auch wenn die Ratenzahlungsverpflichtung als solche
schon unmißverständlich auf das Monatseinkommen hinweist.

Der Zusammenhang zwischen Rückzahlung und Lohn/Gehalt
tritt in der Regel auch an der Oberfläche der typischen Ver-
tragsgestaltungen in Erscheinung. In allen Kreditantragsformu
laren hat jeder potentielle Kreditnehmer sein Nettomonatsein-
kommen anzugeben [1]. Zu dieser Einkommensangabe ist eine
Angabe dafür erforderlich, bei welchem Arbeitgeber ein Ar-
beitsverhältnis besteht. Darüber hinaus ist in der Selbstaus-
kunft die Zeit der bei diesem Arbeitgeber geübten Beschäfti-
gung, die Kündigungsfrist sowie in manchen Formularen [2]
die Steuerklasse anzugeben. Diese Angaben über den Lohn
bzw. das Gehalt sind in den meisten Fällen durch Verdienst-
bescheinigung zu bestätigen oder werden durch Rückfrage
beim Arbeitgeber überprüft. Der lohnabhängige Konsument
hat ferner den Betrag etwaiger Vorschußzahlungen auf seinen
Lohn anzugeben sowie zu versichern, daß sein Lohn weder
gepfändet noch abgetreten ist.

Der Zusammenhang von Lohn- und Darlehensrückzahlung
kommt auch bei der Darlehenssicherung deutlich zum Aus-
druck. Regelmäßig muß der Kreditnehmer ein Lohn- und Ge-
haltskonto bei der kreditgebenden Bank führen, so daß der direk
te Zugriff auf den Lohn erleichtert wird. Zusätzlich hierzu wird
in allen Darlehensbedingungen eine Lohnvorausabtretung verein
bart. In manchen Vertragsgestaltungen [3] behält sich der Kre-

---

1) Z. B. BHI-Darlehensantrag Projektgruppe Mahnverfahren und Konsumentenkredit, S. 293 sowie S. 81
2) A.a.O. S. 81
3) Vgl. WKV-München, abgedruckt bei Hoerter, Der finanzierte Abzahlungskauf, a.a.O. Anhang 6 b Ziff. 8

ditgeber die Fälligstellung der Gesamtschuld vor, wenn "der Kunde seine Stellung, gleichgültig aus welchem Grunde, aufgibt." Auf die Sichtbarmachung des Zusammenhangs von Einkommen und Kreditrückzahlung können die Kreditgeber auch aus Sicherungsgründen nicht verzichten.

Ebenso deutlich und unverzichtbar ist aber auch die Beschränkung der Rückzahlungspflicht auf das verfügbare Einkommen. In der Selbstauskunft des Kreditnehmers verlangen die Kreditgeber für ihre Kreditwürdigkeitsprüfung eben jene Angaben, die bereits oben in der "Konsumtions-Säule" als Bestimmungsgründe des verfügbaren Einkommens angesehen wurden.

Das monatliche Einkommen wird hierbei gewichtet mit den Angaben über die Größe des zu versorgenden Haushaltes (ledig/verheiratet; Zahl der Kinder), mit den Angaben über Wohnungsmiete, laufende Versicherungsleistungen und weitere Ratenzahlungsverpflichtungen. Ferner wird die Vermögenslage durch Fragen nach dem Besitz von Kfz, Lebensversicherung sowie Höhe des Kontoüberziehungskredits und sonstiger Schulden festgestellt [1].

Um mit der Rückzahlungsverpflichtung den ganzen Konsumfond eines Haushalts zu treffen, wird regelmäßig die gesamtschuldnerische Haftung des Ehegatten gefordert. Aus allen diesen Informationen berechnet der Kreditgeber das monatlich verfügbare Einkommen für die gewünschten langlebigen Konsumgüter oder Urlaubsreisen. Wenn die Disconto Bank z. B. in ihrer Werbung den "Wegweiser zu einem 'maßgeschneiderten' Persönlichen Kredit" bieten will, hat der Kunde sein verfügbares Einkommen, also denjenigen Teil seines Lohnes oder Gehalts, der nach Abzug der juristisch fixierten Lohnteile sowie der durch die Lebenshaltung faktisch gedeckten

1) Angaben nach Darlehensantrag der BHI

Lohnteile verbleibt, in den Satz einzufügen: "Für die Rückzahlung kann ich monatlich DM _____ aufbringen." Die KKB schreibt in einer Werbeanzeige [1]: "Kennen Sie Ihren persönlichen Höchstkredit? Die KKB gibt's Ihnen schriftlich!" Weiter heißt es: "Familie A verdient DM 1.600,- netto und hat 2 Kinder. Der persönliche KKB-HÖCHSTKREDIT für Familie A DM 9.000,-. Familie K. verdient auch DM 1.600,- netto und hat 2 Kinder. Ihre Lebenshaltungskosten wie Miete, Auto, Telefon etc. sind höher als bei Familie A. Der persönliche KKB-HÖCHSTKREDIT für Familie K. DM 5.000,-"

Die unmittelbare Beziehung zwischen der Konsumentenkreditaufnahme und der an der Spitze der "Konsumtions-Säule" für die Anschaffung langlebiger Verbrauchsgüter verfügbaren Teile des Lohns und Gehalts kommt somit im Vertrag selber einmal durch die notwendigen Angaben zur Kreditwürdigkeitsprüfung, zum anderen durch die in zunehmendem Maße in allen Ländern erfolgende Konzentration der Sicherungsmittel auf das Monatseinkommen [2] zum Ausdruck. Nur in der juristischen Formulierung des Vertragsformulars bleibt dieser Zusammenhang ausgespart, während die Bankenvertreter in ihrer Marketingstrategie längst vom Vermögen als Zielpunkt der Kreditwürdigkeit im Konsumentenkredit abgegangen sind. Nach ihren Worten hat "die Arbeit die Stelle des Vermögens eingenommen. Man fragt Sie nicht mehr danach, was sie besitzen, sondern was sie verdienen." "Die Rückzahlung des Kredits hängt daher in der Tat von der Stetigkeit und dem Rhythmus des Konsumenteneinkommens ab." [3] Eine aus dem gesellschaftlichen Zusammenhang des Konsumentenkredits verstehende Auslegung des Vertragsverhältnisses hat gemäß

---

1) Tagesspiegel vom 14. IX. 76
2) Moschetto/Plagnol, Le crédit à la consommation, S. 23
3) A.a.O. S. 22/23, Übers. v. U. R.

den §§ 133, 157, 242 BGB daher anhand dieser Angaben bei Abschluß des Vertrages die Leistungspflicht zur Rückzahlung dahingehend zu bestimmen, daß Rückzahlung aus dem verfügbaren Einkommen zu erfolgen hat.

c) Die dogmatische Einordnung der Rückzahlungsverpflichtung als Vorratsschuld

Indem die Leistungspflicht auf einen bestimmten Einkommensteil bezogen wird, stellt sich die Problematik, daß der Schuldner trotz Wegfall seines verfügbaren Einkommens zur Weiterzahlung verpflichtet bleibt, unter einem anderen Gesichtspunkt. Die Geldschuld verliert in dieser konkret sozialen Betrachtungsweise ihre Funktion "als Mittel zur Auflösung aller Quantitäten" [1]. Sie wird funktional aus der Auslegung des Vertrages als Ausdruck einer sozialen Beziehung mit qualitativ unterschiedlichen und entgegengesetzten Interessen bestimmt.

Eine Durchbrechung der Abstraktion der Geldschuld findet sich bereits in der Theorie der funktionalen Geldschuld, bei der man die Erkenntnis, daß es auf die stoffliche Qualität des Wertträgers "Geld" nicht ankommt, sondern auf seine wirtschaftlichen Funktionen als Tauschmittel, Zahlungsmittel und Wertaufbewahrungsmittel [2], die heute durch Giralgeld ebenso wahrgenommen werden können [3], zur Bestimmung des Leistungsinhaltes heranzieht. Diese auf Wirtschaftsinteressen hin gerichtete Funktionalisierung müßte nicht nur im Hinblick auf die soziale Zwecksetzung im Konsum, sondern auch im Hinblick auf die Herkunft des geschuldeten Geldbetrages erweitert werden. Von der abstrakten Geldschuld

---

1) Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. I, Teilband 1, § 12 II S. 131

2) Vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. 1, S. 136 ff.; ähnlich auch die Systematik bei v. Maydell, Geldschuld und Geldwert, S. 107-109

3) Vgl. dazu Esser/Schmidt, a.a.O.; v. Maydell, a.a.O. S. 8 ff.

würde man dann zu einer genetisch-funktionalen Geldschuld kommen. Zu einer solchen Bestimmung müßte schon die Einordnung der Geldschuld in Gattungs- oder Stückschuld führen [1].

Der Streit hierum wird im wesentlichen von dem Ziel bestimmt, die unbeschränkte Vermögenshaftung schon aus dem Begriff der Geldschuld folgen zu lassen, wozu eine systematische Abgrenzung von Sach- und Geldleistung notwendig wird. Diese Auffassung verkennt jedoch, daß auch die Sachleistungen erst durch ihre jeweils spezifische Funktion im Warentausch ihre Bestimmung erfahren.

Derjenige, der Waren erwirbt, um sie mit Gewinn weiterzuveräußern, ist primär ebensowenig an der Sachsubstanz interessiert wie ein Kreditvermittler. Für ihn ist die Ware ebenfalls nur Wertträger, und nur an diesem Tauschwert ist er letztlich interessiert, wenn ihn auch die Interessen seiner Abnehmer z. T. zwingen, auch auf den Gebrauchswert der Sachen zu achten. Während der Großhändler dem Händler im wesentlichen eine Sache liefern soll, die dieser wieder gewinnbringend absetzen kann, soll der Händler dem Konsumenten eine "andere" Sache, nämlich eine in bestimmter Weise konsumierbare Substanz, liefern.

Allein derjenige, der Sachen konsumieren will, gleichgültig, ob produktiv oder unproduktiv, ist an ihrer Substanz primär interessiert und unterscheidet sich dadurch vom Geldgläubiger. Eine Unterscheidung kann daher nicht zwischen Geld- und Sachschulden ansetzen, sondern hätte, wie in dieser Arbeit, an den verschiedenen Funktionen von Waren wie Geld im Wirtschaftskreislauf anzusetzen und damit das Prinzip

---

1) Nachw. bei v. Maydell, Geldschuld und Geldwert, S. 12; Lemppenau, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, S. 109; die h. M. lehnt eine Gattungsschuld ab.

Geld = Geld und Ware = Ware im Vertragsdenken aufzulösen.

Die Geldschuld kann daher als eine besondere Form der Gattungsschuld angesehen werden [1], die im Konsumentenkredit regelmäßig durch den Vertrag auf ein bestimmtes Vermögen bzw. Einkommen beschränkt ist. In der Weise, wie bei der Gattungsschuld entgegen § 279 BGB [2] allgemein anerkannt ist, daß sich aus einer Vertragsauslegung eine Beschränkung der Lieferungsverpflichtung auf einen bestimmten Vorrat ergeben kann ("Vorratsschulden") [3], ergibt sich bei der Geldschuld des Verbrauchers aus Ratenkredit gleichfalls eine Beschränkung auf eine bestimmte Vermögensmasse, die in der Regel das verfügbare Einkommen beim Konsumentenkreditnehmer sein wird, soweit nicht im Vertrag in Übereinstimmung mit den tatsächlichen Möglichkeiten des Schuldners eine konkrete andere Bestimmung getroffen worden ist [4].

---

1) So Fikentscher, Schuldrecht, § 29 I 1. S. 131; Nachw. des Meinungsstandes bei Larenz, Schuldrecht I, § 12 III S. 140 Fn. 3; z. T. werden die Bestimmungen über Gattungsschulden entsprechend auf Geldschulden angewandt, vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, S. 140; Medicus, Die konkretisierte Gattungsschuld, JuS 66, 297 (305); Lemppenau, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, Schriften zum Bürgerlichen Recht Bd. 5, S. 29;

2) Lemppenau, a.a.O., S. 19 ff.; Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. I, 1, Allg. Teil, S. 127

3) Dabei wird diese Beschränkung der Leistungsverpflichtung, ebenso wie es hier gefordert wird, aus einer "ergänzenden Vertragsauslegung" unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Vertragsverhältnisses gefolgert (vgl. Larenz, a.a.O.; u. vgl. RGZ 91, 312, wo ein Bauer seine laufende Verpflichtung zur Lieferung von Milch nach dem Verlust seiner Kühe durch Viehseuche nicht mehr zu erfüllen brauchte, weil aus den tatsächlichen Umständen der Lieferungsverpflichtung eine Vorratsschuld gefolgert wurde).

4) Daß dieses Ergebnis nicht erwünscht ist, darin stimmen alle Literaturstellen überein, selbst wenn Lemppenau (a.a.O. S. 109) feststellt, daß es, vorausgesetzt man wendet § 279 BGB auf die Geldschuld an, i. S. der h. M. dann konsequent wäre, auch "für die Fälle des finanziellen Unvermögens nach § 276 Abs. 1 S. 2 zu beurteilen" (a.a.O.)

Damit wird die Geldzahlungsverpflichtung des Konsumenten nie einmal so eingeschränkt wie in der Wirtschaft, wo Regeln entwickelt wurden, um dem totalen Anspruch der Geldschuld auf die Privatsphäre zu entgehen. Darin werden Geldschulden durch die Konstruktion von Vermögensmassen mit eigener Rechtsfähigkeit in der GmbH, AG sowie GmbH & Co. KG immer schon auf bestimmte Teile des Vermögens eines Kapitaleigners beschränkt. Wenn dieser Vermögensteil durch die Zahlungsunfähigkeit der AG, GmbH oder GmbH & Co. KG wegfällt, haftet der Kapitaleigner selbst dann nur sehr beschränkt mit seinem gesamten Vermögen, wenn ihm im Einzelfall durch konkrete Handlungen der Wegfall dieses Teils seines Vermögens zuzurechnen ist [1].

Eine solche Beschränkung kann auch vertraglich erfolgen. So kann in Verträgen der BGB-Gesellschafter mit Dritten vereinbart werden, daß die Schuld nur aus Mitteln des Gesellschaftsvermögens zu begleichen ist [2]. Dies wird sogar dann angenommen, wenn die Vertretungsmacht eines Gesellschafters erkennbar hierauf beschränkt war.

Schließlich deutet sich in der Lehre von der "wirtschaftlichen Unmöglichkeit" und der "Opfergrenze" bei der Beurteilung, wann eine Leistung noch als möglich anzusehen ist [3], ebenfalls an, daß die Bedingungen der Leistungserbringung auch ohne ausdrückliche Erwähnung in die Bewertung der Leistungspflicht einfließen können [4]. Die Kritik an dieser Lehre [5], d

---

1) Deutlich wurde dies wieder beim Konkurs der Herstatt-Bank, der zunächst den Kapitaleigner Gerling juristisch unberührt ließ.

2) Palandt-Thomas, BGB, § 714 Anm. 3c; RG 155, 75 (87)

3) RGZ 94, 47; 100, 131; 101, 81; 102, 273; 107, 157

4) Geldleistungen wurden hiervon allerdings aufgrund der vermeintlichen unbeschränkten Geldhaftung ausgenommen (RGZ 102, 101; 106, 9; Palandt-Heinrichs, BGB Anm. 1e zu § 275)

5) Vgl. Staudinger-Werner, BGB, 10., 11. Aufl. 1967, Vorbem vor § 275 Rdn. 16; Larenz, Schuldrecht Allg. Teil, §20 I d; Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd. 1 Allg. Teil, Teilbd. 1, S. 57 f.; Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 1 d, e zu § 275

entweder davon ausgeht, daß der Schuldner ohnehin nach § 242 BGB nur "zumutbare" Anstrengungen zur Leistungserfüllung zu machen braucht [1] oder aber, daß hier die Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage Anwendung finden, richtet sich nicht gegen diese soziale und wirtschaftliche Beschränkung der technischen Leistungsverpflichtung, sondern lediglich gegen den Platz, an dem diese Bedingungen dogmatisch erfaßt werden können.

Wenn die Pflicht des lohnabhängigen Konsumentenkreditnehmers zur Ratenzahlung daher hier als Beschaffungsschuld aus dem Vorrat des durch Arbeitsleistung zu erzielenden verfügbaren Einkommens definiert wird, so werden damit durch eine soziale Auslegung nur allgemeine Durchbrechungen des Grundsatzes "Geld hat man zu haben" gerade auf diejenigen Interessen erweitert, für die dieser Satz in einer sozialstaatlichen Verfassung am wenigsten haltbar ist. Schwerlich mit den sozialen Wertentscheidungen unserer Rechtsordnung vereinbar sind nämlich die sozialen Übersetzungen dieses formalen Grundsatzes wie: "Arbeitseinkommen hat man zu haben", "Krankheit ist private Angelegenheit des Betroffenen" oder "Not ist ein rein individuell zurechenbares Schicksal."

3. Die Anwendung der Bestimmungen über Leistungsstörungen auf temporäre oder dauernde Zahlungsunfähigkeit

Durch die Beschränkung der Geldschuld des Konsumentenkreditnehmers auf die Zahlung aus dem verfügbaren Einkommen wird der wirtschaftliche und soziale Leistungsgrund schon in der Primärverpflichtung [2] berücksichtigt, wo insoweit die Rechtsfiguren der Geschäftsgrundlage und anderer "lücken"-

---

1) RGRK-Nastelski, BGB, § 275 Anm. 25; Staudinger-Werner, a.a.O.

2) Vgl. hierzu Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, S. 10, 17 ff.

ausfüllender Konstruktionen [1] entbehrlich werden. An ihre Stelle treten wieder die Regeln über Verzug und Unmöglichkeit die nunmehr auch die sozialen Veränderungen umfassen, die bisher aus dem vertraglichen Synallagma hinwegdefiniert wurden, weil wirtschaftliche und soziale Zwecke und Bedingungen immer nur durch den formalen Vertrag hindurch auf den Parteiwillen bezogen wurden [2]. Erst wo deren Voraussetzungen vorliegen, und die vertraglichen Primärpflichten durch Sekundärpflichten ersetzt werden, entfällt dann die Beschränkung der Geldschuld, so daß die unbeschränkte Vermögenshaftung eintritt.

In den Begriffen Verzug und Unmöglichkeit ist dabei in unterschiedlicher Form dem Prinzip der Zurechnung von Vertragsstörungen Rechnung getragen.

Beide Begriffe lösen Rechtsfolgen kraft Gesetzes aus, die bereits eine vom Vertragsgegner nicht ohne Ausgleich oder Rückabwicklung des Vertrages hinzunehmende Störung der Leistung voraussetzen. Während der Verzug in dieser Weise überhaupt nur rechtlich relevant werden soll, wenn der Schuldner den Verzug "zu vertreten" hat (§ 285 BGB), führt die Unmöglichkeit beim gegenseitigen Vertrag in jedem Fall zu einer Veränderung der Vertragsabwicklung, wobei das "Vertretenmüssen" nicht mehr das Ob, sondern nur noch das Wie dieser veränderten Abwicklung bestimmt (§§ 323-325 BGB).

a) Zahlungsverzug

Die sich aus den empirischen Untersuchungen [3] ergebenden

---

1) Vgl. die Aufzählung bei Köhler, a.a.O. S. 67-78
2) Köhler, a.a.O. S. 7
3) Dazu oben S. 373 f.

typischen Gründe der Zahlungseinstellung im Konsumentenkredit wie Verlust des Arbeitsplatzes, Krankheit, Unfall, Ehescheidung und andere unvorhergesehene Mehrausgaben sind regelmäßig Gründe für den vorübergehenden Wegfall des für die Anschaffung langlebiger und hochwertiger Konsumgüter und Dienstleistungen verfügbaren Einkommensteils. Sie führen zu einer zeitweisen Zahlungseinstellung, die, da die Fälligkeit der Raten kalendermäßig bestimmt ist, gemäß § 284 Abs. 2 BGB die objektiven Voraussetzungen des Verzuges erfüllen. Soweit diese Zahlungsverzögerungen nicht über einen nach dem Vertrag unter Berücksichtigung der Interessen der Vertragspartner festzulegenden Zeitrahmen [1] hinausgehen, treten die Verzugsfolgen nur ein, wenn der Kreditnehmer den Verzug zu vertreten hat. § 285 BGB verweist dabei in erster Linie auf § 276 BGB und damit grundsätzlich auf subjektiv vorwerfbares Unrecht.

Soweit nicht die Ausnahmefälle einer Garantiehaftung oder Vertrauenshaftung (§§ 122, 179, 434 ff., 459 ff. oder rechtsgeschäftliche Garantieübernahme) [2] vorliegen, soll danach Haftung nur eintreten, wenn der Erfolg subjektiv vermeidbar war. Dieser Tatbestand umfaßt sowohl die Erfolgsherbeiführung durch aktives Tun des Betroffenen als auch durch Unterlassen [3].

Bei Verzug und Unmöglichkeit besteht der mißbilligte Erfolg für den Gläubiger darin, daß eine fristgemäße Zahlung nicht erfolgt ist. Es geht also regelmäßig [4] um die Beurteilung

---

1) Dazu sogleich unter b)
2) Vgl. Esser-Schmidt, Schuldrecht Allg. Teil, Teilband 1 S. 70 f.
3) Esser-Schmidt, Schuldrecht Allg. Teil Teilband 2, S. 6 ff.
4) Zu den Ausnahmen vgl. Larenz, Schuldrecht, I. Bd., S. 270, gegen Staub, der dies noch als wichtigstes Unterscheidungskriterium zur "positiven" Vertragsverletzung ansah .

der Zurechenbarkeit einer Unterlassung. Da eine vertragliche Verpflichtung zur Abwendung dieses Ergebnisses besteht, würde die bewußte Nichtzahlung regelmäßig dem Schuldner zurechenbar sein. Sie fiele in seine vom Gesetz ihm zugewiesene Haftungssphäre bzw. seinen Gefahren- oder Risikobereich [1]. Da aber auch hier die allen Unterlassungstatbeständen eigene Voraussetzung, ob der Unterlasser für den Erfolg "rechtlich einzustehen hat" (vgl. § 13 StGB), oder anders ausgedrückt, ob die Unterlassung des Erfolges seiner Rechtssphäre zuzurechnen ist, besonderer Prüfung bedarf, zeigen die Leistungsverweigerungsrechte (insbesondere § 273 BGB) sowie die Vorschriften, die die Einflußnahme des Gläubigers auf die Sphäre des Schuldners berücksichtigen (insbesondere § 324, 645 BGB). Hier ist im Ergebnis die rechtzeitige Leistung gar nicht geschuldet, so daß es auf das "Vertretenmüssen" der Unterlassung entweder nicht ankommt oder aber kraft Gesetzes die Zurechnung ausgeschlossen ist. Für die Fälle, in denen das verfügbare Einkommen nicht entsprechend geschmälert oder weggefallen ist, das Unterlassen rechtzeitiger Zahlung also dem gesetzlichen Idealbild einer freiwilligen Entscheidung zur Zahlungsverweigerung entspricht, erfolgt die Zurechnung daher adäquat allein nach den vorgenannten Kriterien.

Hierher gehören die ca. 5 % der Zahlungseinstellungen, die nach der Untersuchung von Caplowitz [2] darauf beruhten, daß der Kreditnehmer fälschlich annahm, er habe schon alles bezahlt bzw. er brauche nicht zu zahlen, oder aber nicht weiterzahlte, weil er hierzu "keine Lust" hatte oder vorgab, er wisse nicht, an wen er zahlen solle.

---

1) Daß nicht nur die §§ 278, 279, 552, 615, 645 Abs. 1 S. 1 BGB als Ausdruck einer Zurechnung von Risiken nach Haftungssphären anzusehen sind (Kalb, Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre, S. 48 ff.; Esser-Schmidt, Schuldrecht Allg. Teil Teilband 1, S. 259 f.), sondern der Begriff der (Risiko)Sphäre den adäquaten Ausdruck auch für die Unrechtstatbestände wiedergibt, hat von Schenk, Der Begriff der "Sphäre"

Forts. siehe S. 402

In den Fällen, in denen jedoch gerade die sozialen Bedingungen der Leistungspflicht relevant werden, drückt die Unterlassung der Zahlung als notwendige Folge seiner finanziellen Not gar kein besonderes Verhalten des Schuldners mehr aus. Nach der hier geforderten sozialen Auslegung besteht die Unterlassung bei temporärer Zahlungsunfähigkeit darin, daß kein verfügbares Einkommen für die Ratenzahlung erworben wurde. Auf diese Unterlassungen, die empirisch den überwiegenden Teil der Zahlungseinstellungen ausmachen, sind nun die allgemeinen Zurechnungsregeln des BGB anzuwenden.

Die Einstandspflicht zur Bereitstellung des verfügbaren Einkommens ergibt sich dabei aus dem Vertrag.

Die Regel des § 276 BGB besagt für die Zurechnung zunächst nur so viel, daß alle die sozialen Ursachen des Wegfalls des verfügbaren Einkommens zu vertreten sind, die vom Kreditnehmer selber durch vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln hervorgerufen worden sind, wie insbesondere die Verschleuderung von Vermögen oder die durch eigenes Verschulden verursachte Schmälerung des Einkommens. Damit sind die Handlungspflichten des Schuldners jedoch noch nicht erschöpft. Der Schuldner hat alles zu unternehmen, um die Schäden, die sich auch aus nicht-zurechenbaren Störungen ergeben, zu vermeiden. (§§ 242, 254 Abs. 2 S. 1 BGB) [1]. Das bedeutet, daß er bei Vertragsschluß konkret vorhersehbare Ereignisse, die zur Zahlungseinstellung führen müssen, zu vertreten hat [2] und unter "zumutbarem Einsatz aller verfügbaren Mittel" [3] versuchen muß, den Schaden abzuwenden. Dies beinhaltet ins-

---

1) Forts. von S. 401:
in der Rechtswissenschaft, insbesondere als Grundlage der Schadenszurechnung, S. 166 ff., nachgewiesen. Vgl. dazu im einzelnen oben S. 334 ff.

2) Consumer in Trouble, S. 126

1) Vgl. Esser-Schmidt, Schuldrecht Allg. Teil, Teilbd. 2, S. 7; RGRK-Nastelski, BGB, Anm. 34 zu § 275

2) BGH DB 1970, 1070

3) Esser-Schmidt, a.a.O.

besondere die Verpflichtung, dem Gläubiger Teilleistungen anzubieten und in zumutbarer Weise anderes verfügbares Vermögen zur Zahlung einzusetzen.

b) Unvermögen

Solange der säumige Schuldner im ratenweise rückzahlbaren Konsumentenkredit lebt, besteht theoretisch die Möglichkeit, daß er wieder verfügbares Einkommen erlangt, so daß nach dem Wortsinn der §§ 280, 323-325 BGB Unvermögen zur Zahlung ausgeschlossen erscheint. Für den Todesfall entfällt jedoch die Differenzierung der Vermögensbestandteile nach ihren Ausgabefunktionen, soweit nicht Unterhaltsberechtigte auf den Nachlaß angewiesen sind. Damit steht in der Regel der Nachlaß als unterschiedslose Vermögensmasse zur Befriedigung der Gläubiger bereit, d. h. es entfällt die Beschränkung auf einen bestimmten Geldvorrat. Zahlungsunvermögen tritt daher wie beim Investitionskredit erst ein, wenn der Nachlaß erschöpft ist. Solange dies nicht der Fall ist, liegt Verzug vor. Dient der Nachlaß dem persönlichen Verbrauch von Unterhaltsberechtigten, so bleibt zu prüfen, inwieweit der Wegfall des verfügbaren Einkommens von den unterhaltsberechtigten Erben dadurch kompensiert werden muß, daß sie in zumutbarer Weise aus dem gesamten Vermögen des Erblassers diesen Einkommensteil zu ersetzen haben. Maßstäbe für die Zumutbarkeit ergeben sich aus den §§ 811, 850 b Abs. 1 Ziff. 4, Abs. 2, 850 d ZPO.

Außer in dem Fall des absoluten Unvermögens ist aber auch dann Unvermögen zur Leistung anzunehmen, wenn aus den gesamten Umständen ein Festhalten am Vertrag sinnlos oder zumindest für den Gläubiger unzumutbar ist. Verzug und Unvermögen sind nämlich keine Realdefinitionen, sondern lassen sich nur normativ voneinander abgrenzen, da der Verzug auch

das kurzfristige Unvermögen mitumfaßt.

Unvermögen i. S. der §§ 280, 323-325 BGB ist daher nur die subjektive Unmöglichkeit, die nicht von so kurzer und absehbarer Dauer ist, daß dem Gläubiger nach dem Vertragsinhalt noch ein Festhalten am Vertrage nach Treu und Glauben zugemutet werden kann [1]. Dabei ist der wirtschaftlichen Bedeutung der Leistung [2] sowie dem Vertragsinhalt ein Zeitrahmen zu entnehmen [3], der dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit entspricht und den Interessen beider Parteien gerecht wird [4]. Darüber hinaus ist auch dann im Rechtssinne Unvermögen gegeben, wenn zum Zeitpunkt der Zahlungseinstellung vollkommen ungewiß ist, ob die Leistung noch einmal möglich werden wird [5]. Die Beweislast hierfür trägt derjenige, der sich darauf beruft [6].
Eine solche völlige Ungewißheit ist im Konsumentenkredit immer nur dann gegeben, wenn dauernde Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist.

Im übrigen ist dem Kreditgeber, der wahrheitsgemäße Informationen über die Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers bei Abschluß des Vertrages erhalten hat, zuzumuten, eine gewisse Zeit lang darauf zu warten, daß das verfügbare Monatseinkommen wiederhergestellt ist. Der Zeitrahmen hierfür ergibt sich dabei aus der vorausgesetzten Dauer des Schuldverhältnisses, da die Prognose der Zahlungsfähigkeit mit statistischer Wahrscheinlichkeit gerade für diesen Zeitraum gemacht wurde. Darüber hinaus ist dem Gedanken des § 4 Abs. 2 AbzG zu entnehmen, daß ein Abwarten von zwei Teillei-

---

1) Vgl. Erman-Battes, BGB, § 284 Rdn. 6; Staudinger-Werner, BGB, § 275 Rdn. 9; Palandt-Heinrichs, BGB, § 275 Anm. 4; RGRK-Nastelski, BGB, § 275 Anm. 25; BGH LM Nr. 7 zu § 275 BGB; BGH DB 1970, 1591
2) BGH LM Nr. 7 zu § 275
3) Staudinger-Werner, a.a.O.
4) BGH DB 1970, 1591
5) BGH LM Nr. 7 zu § 275 BGB; BGH DB 55, 752; Staudinger-Werner, a.a.O.; RGRK-Nastelski, BGB, § 275 Anm. 26
6) BGH MDR 54, 734

stungen (in der Regel 2 Monate) in jedem Fall zumutbar ist. Handelt es sich um eine zu vertretende Verzögerung, so steht dem Kreditgeber allerdings gemäß § 326 BGB die Möglichkeit der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung offen, die bei endgültiger Erfüllungsverweigerung auch ohne Fristsetzung zum Schadensersatzanspruch führt [1].

Unvermögen tritt somit ein bei Arbeitsunfähigkeit und mit Ablauf der Laufzeit des Vertrages, jedoch nicht vor Ablauf eines Zeitraums, der zwei Teilleistungen des Kreditnehmers entspricht. Da Konsumentenkredite in der Form gegenseitig verpflichtender Verträge (Kauf-, Dienst-, Werk- und Mietvertrag mit Stundungsabrede, Darlehen (vgl. hierzu oben S. 297 ff.)) gewährt werden, führt das Unvermögen zu den Rechtsfolgen der §§ 323-325 BGB.

Hat der Kreditnehmer das Unvermögen nach den bei der Behandlung des Verzugs [2] entwickelten Kriterien nicht zu vertreten, so hat er gemäß §§ 323 Abs. 3, 812, 818 Abs. 3 BGB die noch vorhandene Bereicherung herauszugeben. Diese Bereicherung wird regelmäßig in dem angeschafften Konsumgut vergegenständlicht sein, so daß dieses nach § 812 BGB oder aber schon nach § 281 BGB herauszugeben ist. Auf diese Herausgabe finden jedoch, wie noch zu zeigen ist, die Vorschriften über den Pfändungsschutz entsprechende Anwendung [3], so daß der Kreditnehmer hierdurch nicht schutzlos ist.

Geht das Unvermögen auf ein Verhalten des Kreditgebers zurück, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Form der Forderungsrealisierung für die Kündigung der Arbeits-

---

1) RGZ 109, 236; Palandt-Heinrichs, BGB, § 326 Anm. 6 d
2) Oben a)
3) Vgl. dazu unten S. 475 ff.

stelle ursächlich ist [1], so wird er gemäß § 324 BGB von seiner Leistungspflicht ohne Kompensation der Gläubigerinteressen frei. Im übrigen bleibt es bei der Regelung des § 325 BGB, wo über den Schadensersatzanspruch die Beschränkung der Geldschuld auf das verfügbare Einkommen entfällt.

4. Ergebnis

a) Die dogmatische Erheblichkeit der sozialen Ursachen von Zahlungseinstellung im Recht der Leistungsstörungen

Die Dogmatik des BGB enthält das begriffliche Instrumentarium, um die gesellschaftlichen Bedingungen, unter denen Konsumentenkredite aufgenommen und abgezahlt werden, auch im Recht adäquat zum Ausdruck zu bringen, wenn man über die formalen Grundlagen im Vertragstext und im abstrakten Begriff der Geldschuld hinaus ihren Anwendungsbereich sozial erweitert. Eine Zahlungseinstellung des Konsumentenkreditnehmers ist dann nach den folgenden Kriterien zu beurteilen.

(1) Die Auslegung der vertraglichen Leistungsverpflichtungen in Bezug auf den verfügbaren Teil des Konsumfonds

Aus der Ratenzahlungsverpflichtung ergibt sich bereits eine hinreichende Vermutung dafür, daß die Beziehung zwischen dem verfügbaren Teil des Konsumfonds und der Rückzahlungsverpflichtung hergestellt werden sollte. Diese Beziehung ist aus den oben bezeichneten Erscheinungsformen insbesondere der Kreditwürdigkeitsprüfung und den Sicherungsmitteln auf der Grundlage eines allgemeinen wirtschaftlichen Verständnisses der Funktion des Konsumentenkredits zu begründen. Im Einzelfall lassen sich dabei Gestaltungen denken, nach denen ein Sparvermögen, ein sicherer zukünftiger Vermögenszu-

1) Vgl. hierzu Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 251 f.

wachs oder andere liquide Mittel ausdrücklich als Rückzahlungsfond vereinbart werden und damit der Inhalt der beschränkten Geldleistungsverpflichtung in anderer Weise bestimmt ist. Falsche Angaben des Konsumenten über seine V mögensverhältnisse gehen dabei zu seinen Lasten. Auslegun maßstab sind die §§ 133, 157, 242 BGB i. V. mit Art. 20

(2) Wegfall des verfügbaren Teils des Einkommens

Weiterhin ist zu prüfen, ob das monatliche Einkommen sich der Weise gemindert hat bzw. die monatlichen Konsumausgab ben sich in der Weise erhöht haben, daß die zusätzlichen E schränkungen des Konsumfonds den Anteil der Ratenzahlungs verpflichtung ganz oder teilweise ausmachen. Die Darlegung und Beweislast hierfür trägt der Konsument in entsprechend Anwendung des § 282 BGB. Der Richter hat diese Angaben Bezug zu den Angaben über Einkommen und Vermögen bei Vertragsschluß zu setzen und aus diesem Vergleich den entsprechenden Anteil des Wegfalls festzustellen. Aus der Dau der Zahlungseinstellung und dem Zeitrahmen des Vertrags oder aber Umständen, die eine zukünftige Zahlungsfähigkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausschließe ist festzustellen, ob Verzug oder Unvermögen vorliegt.

(3) Objektive Zurechenbarkeit des Wegfalls des verfügbar Teils des Einkommens

Weiter ist im Rahmen des § 276 BGB zu prüfen, ob die soz len Umstände, die zur Zahlungseinstellung geführt haben, d Kreditnehmer objektiv zurechenbar sind, d. h. ob individue steuerbare Ursachen vorliegen oder Ursachen spezialgesetzl der Risikosphäre des Kreditnehmers zugewiesen sind.

(3.1) Arbeitslosigkeit und Kurzarbeit

Die Einkommensminderung durch Arbeitslosigkeit und Kurzarbeit ist als ein notwendiger Bestandteil unseres Wirtschaftssystems nicht den einzelnen als gesellschaftliches Risiko zu überlassen, soweit die Arbeitslosigkeit, wie es bei Kurzarbeit immer der Fall ist, nicht auf eine eigene Kündigung des Arbeitnehmers oder auf eine Kündigung des Arbeitgebers wegen Verschuldens des einzelnen Arbeitnehmers zurückzuführen ist.

Diese Bestimmungen brauchen durch den Richter in der Regel nur nachvollzogen zu werden, da die Bundesanstalt für Arbeitslosenversicherung diese Feststellungen für ihre Zahlungsverpflichtungen bereits treffen muß.

Eine Zurechnung der wirtschaftlichen Arbeitslosigkeit in die Sphäre des einzelnen Verbrauchers ist im übrigen mit Gerechtigkeitsvorstellungen nicht mehr vertretbar, wenn man in Rechnung stellt, daß es gerade die Wirtschaftsunternehmen und deren Eigentümer, insbesondere die Großbanken, sind, die den Arbeitern ihre Arbeit und ihren weiteren Lohn verweigern, weil sie keine ausreichenden Gewinne mehr machen können, gleichzeitig aber dem Konsumenten zumuten, das im übrigen in der Wirtschaft nicht mehr lukrativ einzusetzende Bankkapital ohne Unterschied in der Kreditrückzahlung und Zinszahlung konstant weiterzuverwerten. So würde dieser Zusammenhang etwa besonders deutlich werden, wenn ein Konsumentenkreditnehmer der Deutschen Bank AG, der bei den im Mehrheitsbesitz der Deutschen Bank stehenden Mercedes-Werken aus wirtschaftlichen Gründen entlassen würde, nunmehr der Deutschen Bank seinerseits nicht die wirtschaftlichen Gründe entgegehalten dürfte, die ihm als Begründung zum Verlust seines Arbeitsplatzes und seines ver-

fügbaren Einkommensteils [1] gegeben wurden. Das Verhalten der Noris-Bank der Firma Quelle [2], die bei Arbeitslosigkeit generell die monatliche Ratenzahlungsverpflichtung suspendiert, sowie der ABC-Bank und der Sparkasse, die zwei ratenfreie Monate gewähren, zeigt im übrigen, daß diese Zurechnung auch betriebswirtschaftlich sinnvoll ist, da das Eintreibungsverfahren unverhältnismäßige Mehrkosten verursacht. Die volkswirtschaftliche Mehrbelastung durch den Einsatz der Zivilgerichte sowie die durch die Folgeerscheinungen hervorgerufenen Sozialkosten der Daseinsvorsorge und der Verbrechensbekämpfung wurde bereits angeführt. Für die Zurechnung der wirtschaftlichen Arbeitslosigkeit und der Kurzarbeit an den einzelnen betroffenen Konsumenten fehlen daher jegliche Anhaltspunkte. Es ist daher Aufgabe der Kreditgeber, diese Faktoren in ihrer Geschäftspolitik in der gesamten Gestaltung der Konsumentenkredite zu berücksichtigen, wodurch "nur die Klarheit über die wirklichen Kosten eines Teilzahlungskredits gefördert" würde [3].

(3.2) Krankheit

Soweit die Krankheit trotz Lohnfortzahlungsgesetz für die Ratenzahlungsverpflichtung relevant wird [4], ist sie dem Konsumenten nicht zuzurechnen. Diese Wertentscheidung hat der Gesetzgeber in § 616 BGB sowie im Lohnfortzahlungsgesetz für das Arbeitsverhältnis zum Ausdruck gebracht. Aus Art. 20 GG ist dieser Gedanke auch auf den Konsumentenkredit zu erstrecken, da hier nur das Arbeitseinkommen in die Form der Verfügbarkeit für langlebige und hochwertige Konsumgüter gebracht wird. In einer Gesellschaft, in der zunehmend die gesellschaftlichen Ursachen der individuellen Krankheit erkannt

---

1) Lohn minus Arbeitslosengeld
2) Schickedanz International Holding AG
3) Esser, Das Verhältnis von Kaufvertrag und Darlehensvertrag ..., Festschrift Kern S. 87 ff. (115) für einen ähnlichen Fall
4) Z. B. bei mehr als sechswöchiger Krankheit

werden [1] und in der die Krankheitskosten auch im Sozialversicherungssystem weitgehend als gesellschaftliche Kosten betrachtet werden, entspricht es nicht mehr dem Sozialstaatsgebot, Krankheit als individuelles Schicksal zuzurechnen. Die statistische Wahrscheinlichkeit der Krankheit macht ihre Berücksichtigung durch die Kreditgeber in der allgemeinen gesellschaftlichen Form des Konsumentenkredits im übrigen ohne weiteres möglich.

(3.3) Streik

Der Streik als Ursache der Zahlungseinstellung geht auf ein aktives Tun der Arbeitnehmer zurück und gehört daher prinzipiell in ihre Zurechnungssphäre. Es bleibt jedoch zu diskutieren, ob dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Streikrecht (Art. 9 GG) nicht mit zunehmender Verschuldung der Konsumenten die faktische Grundlage in einem Ausmaß entzogen wird, der seine Ausübung unmöglich macht. Ein solcher Zustand wäre mit Art. 9 III GG nicht mehr vereinbar, da hierdurch Rechte nicht nur in ihrer abstrakten Möglichkeit, sondern in der Wirklichkeit ihrer Anwendungschancen garantiert sind und Art. 9 III GG die spezifisch koalitionsmäßige Betätigung des Streiks ausdrücklich gegenüber jedermann in Schutz nimmt. Hierbei geht es wieder um Argumente der Waffengleichheit und der Neutralität des Staates im Arbeitskampf, die auch in der Diskussion um Aussperrung und Zahlung von Arbeitslosengeld bei streikbedingter Arbeitslosigkeit im Vordergrund stehen. Je nachdem, wie sehr man dieses Recht als unverzichtbar und vor wirtschaftlicher Aushöhlung geschütztes Gegengewicht der Gewerkschaften gegen das Recht zur freien Verfügung der Eigentümer über ihre Produktionsmittel ansieht, wird man auch seiner Aushöhlung durch Ratenverschuldung begegnen müssen, wo die fi-

1) Vgl. ARGUMENT Bd. 69 (1971) Lohnarbeit und Medizin, Kritik der bürgerlichen Medizin; Bd. 71; 78

nanzielle Kraft der Gewerkschaften zum notwendigen vollen Lohnausgleich überfordert wäre. Die enge Verknüpfung von Arbeitseinkommen und Konsumentenkredit, bei der der Konsumentenkredit nur als Formänderung des Arbeitseinkommens fungiert, spricht für eine Fortwirkung des Streikrechts in dieses Verhältnis. Für eine Auseinandersetzung mit dieser umfassenden Problematik fehlt hier jedoch der Raum [1].

(3.4) Zusätzliche Belastungen des Konsumfonds

Zusätzliche Ausgaben aus dem Konsumfonds können nur dann der Zurechnungssphäre der Konsumentenkreditnehmer entzogen werden, wenn sie konkret unvorhersehbar und ohne eigenes Dazutun entstanden sind. Wie hier im Einzelfall zu entscheiden ist, sollte den Typisierungen des Gesetzgebers oder einer richterlichen Einzelfallwertung überlassen bleiben. Ihre Zurechnung wird davon abhängen, inwieweit der gesellschaftliche Charakter dieser konkreten Ereignisse und ihrer statistischen Notwendigkeit in der Wirklichkeit deutlich wird und sich daher ihre Zuweisung in die Sphäre der Kreditgeber, die aufgrund ihrer alleinigen Gestaltungsmöglichkeit auch allein gesellschaftliche Risiken als solche berücksichtigen können, durchsetzt.

(4) Die subjektive Zurechnung wegen Unterlassens zumutbarer Anstrengungen zur Schadensabwehr

Für die Tatbestände subjektiver Zurechnung wegen Unterlassens zumutbarer Anstrengungen, um die Zahlungsunfähigkeit abzuwenden, kann hier keine typisierende Aufzählung erfolgen. In dieser Sphäre kann auf die Entwicklung der Rechtsprechung zu § 276 BGB und zur Schadensminderungspflicht zurückgegriffen werden.

---

1) Vgl. einerseits Seiter, Streikrecht und Aussperrung andererseits die Beiträge von Däubler und Hoffmann in Kittner (Hrsg.), Streik und Aussperrung

Es handelt sich vor allem um Tatbestände wie falsche Angaben bei Abschluß des Kreditvertrages, fahrlässige Aufnahme zusätzlicher Kredite zur Befriedigung eines zusätzlichen Konsumbedürfnisses [1], schuldhafte Versäumnis, Arbeit wieder aufzunehmen oder sonstigen Vermögenszuwachs zu erreichen etc.

b) Die Rechtswirksamkeit der "Verfallsklauseln" in den Formularverträgen der Kreditgeber

Nach den Bedingungen der Formularverträge behalten sich die Kreditgeber in fast allen Gestaltungen [2] vor, den Kredit zu kündigen und die Restschuld unter bestimmten Voraussetzungen fällig zu stellen. Zu diesen Voraussetzungen gehören im wesentlichen der Verzug mit zwei aufeinanderfolgenden Raten [3], der Vermögensverfall des Kreditnehmers oder eines Bürgen sowie deren Tod, falsche Angaben im Darlehensantrag, Wohnsitzwechsel sowie z. T. die Aufnahme eines weiteren Darlehens ohne Zustimmung der Bank. Diese Klauseln sind nun an der "Natur des Vertrages" (§ 9 Abs. 2 Ziff. 2 AGB-G), wie sie hier herausgearbeitet wurde, zu messen.

(1) Verzug

Die Klausel, wonach das gesamte Darlehen bei Verzug des Kreditnehmers mit zwei aufeinander folgenden Raten fällig wird, bleibt durch die hier geübte Interpretation juristisch unberührt. Faktisch wird ihr Anwendungsbereich jedoch erheblich eingeschränkt, da dann kein Verzug vorliegt, wenn der Schuldner zu einer Ratenzahlung in dem entsprechenden Monat

1) Dann würde die Leistungsverweigerung u. U. aber beim nachfolgenden Kreditverhältnis relevant werden.
2) Vgl. Projektgruppe Mahnverfahren und Konsumentenkredit S. 294 Ziff. 7; Hoerter, Der finanzierte Abzahlungskauf, Anhand 5 d Ziff. 13; Müller-Laube, Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft, S. 313 Ziff. 6; S. 315 Ziff. V 1; S. 317 Ziff. V 1, Ostler/Weidner, AbzG § 4 Anm. 59
3) Vgl. § 4 Abs. 2 AbzG

nicht verpflichtet war, weil er die Verzögerung der Kreditrückzahlung nicht zu vertreten hat. Dies gilt auch in dem Fall, wo die Formularverträge bestimmen, daß ein "Rückstand" mit Ratenzahlungen den Verfall der Restschuld auslöst, da inhaltlich hierdurch nichts anderes ausgesagt wird als mit dem Wort Verzug und an vertragsgerechtes Verhalten keine nachteiligen Folgen für den Schuldner geknüpft werden können. Diese Lösung macht deutlich, daß es im Verbraucherschutz nicht um die richterlich vermittelte Gnade geht, wie etwa das amerikanische Recht zeigt, das es dem Richter überläßt, ob der Kreditgeber im Einzelfall "in good faith" an der künftigen Vertragserfüllung zweifeln konnte oder ob es sich bei der Verfallserklärung um "unconscionable conduct" handelt [1]. Es geht darum, die Rechte des Konsumenten schon im Ansatzpunkt rechtlicher Bewertung dogmatisch klar zum Ausdruck zu bringen [2]. De lege lata wäre diese Klausel daher gemäß § 9 Abs. 2 Ziff. 2 AGB-G restriktiv zu interpretieren, da sie insoweit dem sozialen Zweck des Konsumentenkredits eindeutig widerspricht. De lege ferenda ergäbe sich dies aus § 134 BGB i. V. m. der Leistungsbestimmung im Konsumentenkreditgesetz.

(2) Vermögensverfall des Schuldners

Die Klausel, wonach bei Vermögensverfall des Schuldners durch einseitige Erklärung des Kreditgebers die Restkreditsumme fällig wird, wie sie entweder als Generalklausel [3] oder durch Aufzählung einzelner Tatbestände [4] sich in den Formularverträgen findet, steht im Widerspruch zum regelmäßig zuzurechnenden Leistungsinhalt der Rückzahlungsschuld. Nach dem Vertrag in der Form, wie er innerhalb der gegebenen sozialen Umstände des ratenweise rückzahlbaren Konsu-

1) Vgl. König, Konsumentenkredit, S. 66
2) Vgl. zu den europäischen Rechten Ewald, Neues Teilzahlungsrecht, S. 54 ff.
3) So KKB; vgl. Hoerter, a.a.O.
4) So die BHI, vgl. Projektgruppe, a.a.O.

mentenkredits auszulegen ist, soll die Rückzahlung aus dem verfügbaren Konsumfonds erfolgen. Eine Klausel, die im Gegensatz zu dieser sozialen Funktion gerade für den Fall, in dem der Konsument ohnehin in wirtschaftlicher Not ist, diesen auch noch mit der Gesamtsumme belastet, dient der endgültigen Zerstörung der Lebensverhältnisse des betroffenen Konsumenten und entlastet die Geschäftspolitik der Kreditgeber von jeglicher Rücksichtnahme auf die gesellschaftlichen Risiken, die durch ihre Kreditstrategie notwendig entstehen müssen. Sie verstößt gegen die soziale Bestimmung des Konsumentenkreditverhältnisses und ist daher gemäß § 9 Abs. 2 Ziff. 2 AGB-G, wie er unter dem Sozialstaatsprinzip zu verstehen ist, nichtig.

Etwas anderes ergibt sich nur, wenn der Vermögensverfall nach allen Umständen des Einzelfalls dem Konsumenten zugerechnet werden muß.

(3) Tod des Schuldners

Für den Tod des Bürgen gilt das gleiche, was für den Fall seines Vermögensverfalls gesagt wurde. Der Tod des Konsumentenkreditnehmers dagegen läßt den Verfall der Restschuld als sozial gerechtfertigt erscheinen, da die wesentliche soziale Bestimmung seines Vermögens als "Konsum"fond für seine Person weggefallen ist und damit dem freien Zugriff hierauf nichts entgegensteht. Im Einzelfall bleibt jedoch zu überprüfen, ob der Nachlaß nicht zu den notwendigen Konsumtionsmitteln der Angehörigen gehört. Die Eigentumsverhältnisse sagen innerhalb eines Haushalts über die soziale Bestimmung der Gegenstände nichts aus. Diese Vertragsklausel ist somit im Einzelfall nach Treu und Glauben im Rahmen der sozialen Abhängigkeitsverhältnisse des Kreditnehmers und der mit ihm in einem Haushalt lebenden Angehörigen einschränkend zu interpretieren.

(4) Falsche Angaben über die Vermögensverhältnisse bei Vertragsschluß

Nach der hier geübten Interpretation sind die Wirkungen der Täuschungsklausel z. T. bereits in einer sozial-adäquaten Zurechnung enthalten. Soweit die falschen Angaben zu einem Zahlungsrückstand geführt haben, begründet die Täuschungshandlung selbst bei objektiv nicht zurechenbaren Einschränkungen des Einkommens die subjektive Zurechenbarkeit dieses Ereignisses, da durch die falschen Angaben dem Kreditgeber eine gesellschaftliche Kalkulation des Risikos unmöglich gemacht wurde. Soweit die falschen Angaben nicht zu einer unmittelbaren und konkreten Kreditgefährdung geführt haben, wird eine gleichwohl erfolgende Kündigung unter dem Gesichtspunkt des Schikaneverbots (§ 226 BGB) und des Rechtsmißbrauchs im Einzelfall eingehend zu prüfen sein.

(5). Vermögensverfall oder Tod des Bürgen

Das Kündigungsrecht bei Vermögensverfall oder Tod eines Bürgen knüpft für die Auflösung des Vertrages an Umstände an, die der Kreditnehmer nicht beeinflussen kann. Demgegenüber weiß der Kreditgeber, der auch bezüglich des Bürgen regelmäßig eine Kreditwürdigkeitsprüfung durchführt [1], mit welcher Wahrscheinlichkeit Tod oder Vermögensverfall des Bürgen eintreten wird. In der Vielzahl der Kreditabschlüsse stellt sich dieser Sicherungsverfall daher als ein gleichbleibender kalkulierbarer Kostenfaktor dar. Während für den Kreditnehmer diese Umstände außerhalb seiner gesetzlichen Zurechnungssphäre (§ 276 BGB) zum wirtschaftlichen Ruin führen müssen, wenn er mit der Gesamtkreditsumme belastet wird, realisiert sich für den Kreditnehmer

1) Vgl. Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 293, 305

lediglich ein kalkulierter Posten auf der Passivseite seiner Bilanz.

Diese Klauseln sind an § 10 Ziff. 3 AGB-G zu messen.

Die herrschende Meinung sieht jedoch das Darlehen als Dauerschuldverhältnis [1], wodurch die Anwendung dieser Schutzbestimmung für den überwiegenden Teil der Konsumentenkredite ausgeschlossen wäre [2]. Demgegenüber würde der Konsumentenkredit in der Form des Abzahlungsgeschäftes, für den § 5 AbzG ausdrücklich von einem Rücktrittsrecht ausgeht, in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fallen, ohne daß hier ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung vorläge. Dies zeigt auch die nach allgemeiner Auffassung zulässige analoge Anwendung des § 5 AbzG auf finanzierte Abzahlungsgeschäfte, also auf Darlehen.

Dem entgeltlichen Darlehen fehlt auch im Unterschied zur unentgeltlichen Überlassung von Kaufkraft auf Zeit das für Dauerschuldverhältnisse typische Vertrauensband, das eine ständige Pflichtanspannung des Darlehensgebers erfordert. Mit der Auszahlung der Kreditsumme hat der Gläubiger regelmäßig seine Pflicht erfüllt, während z. B. den Vermieter eine Erhaltungspflicht auch während der Mietzeit (§ 536 BGB) trifft [3]. § 609 BGB steht dem nicht entgegen, da mit dem unbefristeten Darlehen regelmäßig nur der unentgeltliche Kredit betroffen wird. Außerdem zeigt § 649 BGB, daß der Terminus "Kündigung" vom Gesetzgeber auch untechnisch für jede Art der Vertragsaufsage benutzt

---

1) Fikentscher, Schuldrecht, S. 32;
Larenz, Schuldrecht Bd. II, § 47 I, S. 191

2) Koch/Stübig, AGB, § 10 Nr. 3 Rdn. 16; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinklein, AGB-G, § 10 Nr. 3 Rdn. 8; Brandner/Ulmer/Hensen, AGB-G, § 10 Nr. 3 Rdn. 15

3) So Esser-Schmidt, Schuldrecht, Allg. Teil, Teilbd. 1, S. 161 f.; im Ergebnis ebenso Esser-Weyers, Schuldrecht Bes. Teil, Teilbd. 1, S. 220

wird [1]. Gerade aber das besondere Vertrauensverhältnis im Dauerschuldverhältnis läßt es allein gerechtfertigt erscheinen, die ordentliche Kündigung als solche schon als "sachlichen Grund" anzuerkennen und diese Beziehungen dem Schutz des § 10 Ziff. 3 AGB-G zu entziehen [2]. Die formale Struktur aller Konsumentenkredite (mit Ausnahme einiger Leasing-Formen, bei denen mietrechtliche Elemente überwiegen) besteht jedoch darin, daß die geschuldete Gesamtmenge wie beim Kauf, Werkvertrag etc. von vornherein festliegt und nur in Teilleistungen zerlegt wird. Teillieferungsverträge sind jedoch keine Dauerschuldverhältnisse [3], so daß § 10 Abs. 3 AGB-G sowohl von den dogmatischen Voraussetzungen als auch seinem rechtspolitischen Zweck nach auf Konsumentenkredite insgesamt Anwendung findet.

Sachlich gerechtfertigt wären diese Auflösungsgründe nach § 10 Ziff. 3 AGB-G nur, wenn sie der Steuerungssphäre der Kreditnehmer zuzurechnen wären oder aber ihre Hinnahme für den Kreditgeber unzumutbar wäre [4]. Beides ist jedoch nicht der Fall. Allein der Kreditgeber hat die aus der Vielzahl seiner Abschlüsse gegebene Möglichkeit, diese Risiken zu steuern.

Die Klausel, wonach Tod oder Vermögensverfall zur Auflösung des Kreditverhältnisses berechtige, ist daher gemäß § 10 Abs. 3 AGB-G nichtig.

(6) Wohnsitzwechsel und nachfolgende Kreditaufnahme

Bei Wohnsitzwechsel und nachfolgender Kreditaufnahme rei-

---

1) Fikentscher, Schuldrecht, S. 32
2) Löwe/Graf v. Westphalen/Trinklein, AGB-G, § 10 Nr. 3 Rdn. 8
3) So Fikentscher, a.a.O.; vgl. aber S. 456
4) Löwe/Graf v. Westphalen/Trinklein, a.a.O. § 10 Nr. 3 Rdn. 4

chen die Kriterien der Vertragsverletzung und Zumutbarkeit zur Klärung der "sachlichen Berechtigung" i. S. des § 10 Ziff. 3 AGB-G nicht aus, da in beiden Fällen die grundrechtlich geschützte Privatsphäre (Art. 11, 2 GG) eingeschränkt wird.

Eine Abwägung der Vertragsfreiheit der Kreditgeber mit den sozialstaatlich auf Teilhabe auszulegenden Grundrechten des Kreditnehmers auf Freizügigkeit und Dispositionsfreiheit im Rahmen dieses unbestimmten Rechtsbegriffes muß jedoch zugunsten der Kreditnehmer ausfallen. Hier wird um relativ vager Sicherungsinteressen des Kreditgebers willen seine Handlungsfreiheit faktisch entscheidend eingeschränkt. Beim Wohnsitzwechsel ist darüber hinaus in dieser generellen Form nicht einmal ersichtlich, warum die Sicherungsinteressen betroffen sein sollen, wenn es sich nicht um die Verlagerung des Wohnsitzes ins Ausland handelt. Bei der Aufnahme eines Zweit-Kredites werden die berechtigten Belange des Kreditgebers im übrigen schon dadurch gewahrt, daß sie bei der subjektiven Zurechenbarkeit der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen sind. Außerdem ist diese Klausel auch wettbewerbsrechtlich (§ 1 UWG) bedenklich, da sie den Kreditnehmer zwingt, den Zweitkredit beim Erstkreditgeber aufzunehmen und damit Konkurrenten benachteiligt.

Für die Auflösung wegen Aufnahme eines Zweitkredits besteht daher kein sachlicher Grund i. S. des § 10 Ziff. 3 AGB-G. Die Klausel über den Wohnsitzwechsel ist verfassungskonform gemäß Art. 11 GG, § 10 Ziff. 3 AGB-G auf den Wohnsitzwechsel aus dem Geltungsbereich des Grundgesetzes hinaus zu beschränken.

c) Zur sozio-ökonomischen und juristischen Rationalität des Ergebnisses

Die vorstehende Konstruktion stößt sich in einer Vielzahl von

Punkten mit der historischen Konzeption des Bürgerlichen Gesetzbuches sowie mit der herrschenden Zivilrechtsdogmatik. Obwohl die Rechtslehre ihr Recht auch gegen das Gesetz immer dann verändert, wenn die "wirtschaftliche Notwendigkeit" zum Bruch des Numerus clausus der Sachenrechte [1], zum Bruch des Grundsatzes Mark gleich Mark [2], zum Bruch der Schadensrechtsdogmatik [3], zum Bruch der Willenstheorie [4] und zum Bruch der Regelung der Gehilfenhaftung [5] führte, wird einer sozialstaatlichen Interpretation sicherlich nicht nur von juristischen Interessenvertretern der Kreditgeber Widerstand entgegengebracht. Der Widerspruch zum gelernten abstrakt-formalen Denken, bei der die Sozialwissenschaften nur der "Steinbruch sind, aus dem die besten Brocken herausgebrochen werden" (Naucke), erscheint zu groß. Diese Durchbrechungen sind jedoch nur als der bisher rational nicht bewältigte Prozeß der Angleichung des Zivilrechts an Prozesse zunehmender Vergesellschaftung zu verstehen.

Der Konsumentenkredit, der selber als eine Vergesellschaftung der Verfügbarkeit des Arbeitseinkommens anzusehen ist, kann nicht länger mit den Kategorien privater Zurechnung von gesellschaftlichen Risiken rechtlich bewältigt werden. Dies würde dazu führen, daß Risiken dort, wo sie steuerbar sind und wo letztlich in der Wirtschaft ihr Verantwortungsbereich liegt, individuell abgewälzt würden und damit für diejenigen, die, wie insbesondere die Banken, zur Bekämpfung der Ursachen in der Lage wären, geradezu ein Anreiz zu ihrer Verschärfung rechtlich aufrechterhalten würde. Ihre Allokation im Wirtschaftsbereich verhindert, daß im Interesse

---

1) Sicherungseigentum, Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht
2) Aufwertungsrechtsprechung
3) Abstrakte Schadensberechnung, Schadenspauschalierungen in AGBs, Immaterieller Schadensersatz entgegen § 253 BGB
4) Anscheinsvollmacht
5) § 278, 831 BGB und culpa in contrahendo

rein gewinnorientierter Produktivität der gesellschaftliche Fortschritt, der sich nicht am Geld, sondern letztlich am Fortschritt für die Menschen ausweist, aufgehalten wird, indem dem einzelnen von ihm nicht zu verkraftende Risiken zugeordnet werden, die der Staat durch steigende Sozialkosten mitzutragen hat. Eine solche Allokation würde auch erhebliche Sozialkosten bei der Durchsetzung notleidender Kredite einsparen, die z. T. die Kreditnehmer und z. T. der Staat bei nicht kostendeckender Justiz zusätzlich zu tragen haben.

Dies würde auch die Kreditgewährung nicht einschränken, da bei der hohen Zahlungsmoral der Kreditnehmer das zusätzliche Risiko allenfalls mit einem Zinsaufschlag von 1 % zu Buche schlüge. Dadurch würden den Kreditnehmern insgesamt nur die wahren Kosten des Konsumentenkredits deutlich gemacht. Die Kreditgeber könnten durch ein Versicherungssystem die Kosten gleichmäßig verteilen.

Allerdings würden einige Kreditnehmergruppen, die heute ohnehin nur von den Kreditmaklern bedient werden, u. U. keine Kredite erhalten. Da ihre Kosten jedoch ohnehin weit überhöht sind [1] und ihre Risiken sich in vielfältiger Not realisieren, wäre ihnen sicherlich mehr geholfen, wenn hier staatliche Bürgschaften im Rahmen der Sozialhilfe ihre Not lindern würden, statt sie der Ausbeutung von Geschäftemachern zu überlassen.

Es ist wenig wahrscheinlich, daß eine solche soziale Rechtsauffassung sich allein im Wege veränderter Auslegung durchzusetzen vermag. Ihre Durchsetzung wird vor allem im Wege der Gesetzgebung, aber auch durch Kollektivvereinbarungen der Kreditgeber mit Verbraucherverbänden, wie dies in Belgien bereits begonnen wurde, erfolgen können. Ein solches

1) Vgl. Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 167 ff.

soziales Recht braucht jedoch auch eine neue Dogmatik, da es wiederum Aufgabe der Juristen sein wird, diese Gesetze zu interpretieren und anzuwenden. Der Wirkungsgrad eines solchen an den gesellschaftlichen Sachverhalten selbst orientierten Konsumentenkreditgesetzes wird daher entscheidend dadurch bestimmt, inwieweit sich die Zivilrechtsdogmatik ohne die Leistungen in ihrer geschichtlichen Herausbildung ungenutzt zu lassen, selber in Richtung auf die Verwirklichung eines demokratischen und sozialen Rechtsstaates entwickelt. (Zur Formulierung des Gesetzesvorschlages vgl. § 4 Abs. 2 E-KKG - unten S. 512).

C Zusätzliche Belastung der Verbraucher bei der Abwicklung "notleidender" Kredite

Treten bei der Abwicklung eines Kredites Störungen ein, die dem Verbraucher zuzurechnen sind ("notleidende Kredite" [1]), treten an die Stelle der Primärpflichten Sekundärverpflichtungen, die sich teilweise aus dem Gesetz, zum großen Teil aber aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen ergeben. Diese Pflichten gehen dabei z. T. erheblich über das hinaus, was der Kreditgeber bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung erhalten würde.

Da jeder Verbraucher bei der Kreditaufnahmeentscheidung davon überzeugt ist, daß für ihn persönlich eine reibungslose Kreditabwicklung erfolgen wird, was sich in dem Entschluß zur Kreditaufnahme selber schon dokumentiert, wird bei Vertragsschluß diesen Bedingungen nur geringe Aufmerksamkeit geschenkt. Im übrigen sind die Bedingungen zum großen Teil auch in einer juristischen Sprache abgefaßt, die ein Erkennen der praktischen Konsequenzen für die Unterschichten unmöglich macht.

---

1) Bambeck, "Keine Not mehr mit den ' Notleidenden' !" TW 73, 2/11

Es ist wohl diesen Umständen zuzuschreiben, daß die Abwicklungsbedingungen bei allen Kreditgebern in den wesentlichen Punkten übereinstimmen, wenn auch bei kreditgebenden Händlern und kleineren Kreditinstituten vereinzelt besonders scharfe Abwicklungsregeln zu finden sind. Dabei werden den betroffenen Kreditnehmern Zahlungspflichten auferlegt, die nicht nur die durch die Störung des Einzelgeschäftes anfallenden Kosten kompensieren, sondern im Falle ihrer Durchsetzbarkeit einen besonderen Gewinn ermöglichen. In diesen zusätzlichen Leistungen hat der einzelne Kreditnehmer dann faktisch die Kosten mitzutragen, die innerhalb der 'Vertriebskosten' [1] als Gerichts-, Durchsetzungs- und Ausfallkosten insgesamt anfallen. In seinen Auswüchsen führt dies dazu, daß einzelne "Kreditliaie" geradezu auf eine Störung des Vertragsverhältnisses aus sein müssen, da sie bei einem notleidenden Kredit bessere Geschäfte machen können als wenn der Kredit erwartungsgemäß abgewickelt wird [2]. Diese Kostenbelastung wird nicht deutlich, wenn man allein die individuelle vertragliche Beziehung betrachtet und von der gesamten Geschäftspolitik eines Unternehmens abstrahiert.

Bei isolierter Betrachtungsweise erscheint die Vertragsstörung per se mit dem Makel der Untreue eines gegebenen Versprechens behaftet, so daß die im Vertragsformular festgelegten Rechte der Kreditgeber zu "berechtigten Interessen" [3] erklärt werden können.

---

1) Vgl. Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, S. 39, dort auch eine Aufstellung über die verschiedenen Anteile der Vertriebskosten am Konsumentenkaufpreis, die etwa bei Rundfunk- und Fernsehgeräten 48,1 %, bei Kfz 22,5 % (a.a.O. S. 45), bei Hausrat ca. 20 % (a.a.O. S. 44) ausmacht

2) Vgl. etwa die Bedingungen der Franz Hubinger AG, abgedruckt im Schwarzbuch des Rheinischen Sparkassen- und Giroverbandes Beispiel 1, a.a.O.; sowie zu § 2 AbzG Ewald, Das geltende Abzahlungsgesetz und seine Reform, S. 74 ff.

3) Vgl. Müller-Laube, Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft, S. 46

"Es besteht kein Anlaß, einen sozial schwächeren Partner von der Einlösung seines Vertragsversprechens zu entbinden." [1]
"Die Aufgabe des Vertrags ist im Austauschzweck versachlicht." [2]

Liegt ein Vertragsbruch vor, so ist nach Müller-Laube ein "ethisches Konstitutionsprinzip des Vertragsrechts selbst" [3] verletzt und jeder Schadensersatz erscheint durch diesen "Treu"bruch [4] billig, wenn nur das Tauschprinzip verwirklicht ist. Dieses Tauschprinzip ist aber immer dann eingehalten, wenn sich das individuelle Verhältnis in die Form einer quasi-mathematischen Gleichung bringen läßt [5], bei der dann allerdings die Schäden der Kreditgeber weitgehend hypothetisch ermittelt werden müssen.

Stellt man dieser isolierenden Betrachtungsweise jedoch die gesellschaftlichen Bedingungen der Geschäftspolitik der Kreditgeber gegenüber, so wird das individuelle Austauschverhältnis relativiert.

Nach der Geschäftspolitik ist der "Vertragsbruch" durch einen Teil der Konsumentenkreditnehmer bereits als notwendige Bedingung der Kreditvergabe kalkuliert. Nur ein geringer Teil der Bevölkerung ist von den Risiken befreit, die den Konsummöglichkeiten durch Arbeitslosigkeit, Krankheit etc. drohen.

---

1) Müller-Laube, a.a.O. S. 208
2) A.a.O. S. 47; vgl. auch L. Raiser, Marktbezogene Unlauterkeit, GRUR Int. 73, 443 (446); Larenz, Schuldrecht Bd. I, § 15 I S. 166 f.; Fikentscher, Schuldrecht, § 10 II 4, S. 39; § 19,4 S. 64
3) A.a.O. S. 46
4) Vgl. Fikentscher, a.a.O. S. 64
5) "Immerhin: indem unter redlich denkenden Parteien jede der anderen zubilligt, was sie selbst beansprucht, nämlich einen Gegenwert, ein 'Äquivalent', ist, objektiv gesehen, dem gegenseitigen Vertrag die Idee eines Ausgleichs, eines Gleichgewichts, einer 'gerechten' Abwägung immanent." Larenz, Schuldrecht Bd. I, § 15 I S. 167

Um daher die Gewinnmenge steigern zu können, sind die Kreditgeber in ihrer Geschäftsstrategie darauf angewiesen, immer gefährdetere Konsumenten in ihre Kredite einzubeziehen. Je weiter die Grenze der Kreditwürdigkeit gesenkt wird, desto höher ist auch die Wahrscheinlichkeit, daß ein Kredit notleidend wird. Dieser Faktor wird in der Zinsbelastung vollau berücksichtigt. Mit 1 % Risikoaufschlag [1] wird die Summe d Konsumentenkreditnehmer an dem Risiko in den Teilbereichen der in ihrem Vermögensbestand besonders gefährdeten Konsumentenschichten beteiligt. Darüber hinaus müssen die Konsumenten, deren Lohn oder Gehalt für einen Überziehungskredit nicht ausreicht, im Privatdarlehen ohnehin höhere Zinsen bezahlen und wo auch hierfür die Kreditwürdigkeit als unzureichend bewertet wird, zu noch teureren gebundenen Krediten übergehen [2].

Aus dieser Geschäftspolitik, die dem einzelnen nicht anzulasten ist, weil ihm die Möglichkeiten zur Berechnung der ihn treffenden gesellschaftlichen Risiken fehlt, wird deutlich, daß bestimmte ausstehende Forderungen aus gewährten Krediten von vornherein nicht den Wert anderer Kredite haben. Vertragstreue erscheint somit in der Kostenkalkulation als ein unter den gegebenen gesellschaftlichen Bedingungen relativierter Begriff, dessen finanzieller Wert sich im Einzelfall bei über 16 Millionen beantragten Krediten pro Jahr von den Kreditgebern nach der Wahrscheinlichkeit der Störungen ziemlich genau berechnen und auf die Kosten als "Gemeinkosten" [3] umlegen läßt. Der Schaden, der durch eine einzelne Vertragsstörung entsteht, ist somit ein kalkulierbarer Faktor der Kostenordnung. Er besagt nichts anderes, als daß sich

1) TW 74 1/18
2) Ein Kontoüberziehungskredit wurde 1974 mit ca. 12 %, ein Privatdarlehen mit 14-18 % und ein gebundener Kredit wie de finanzierte Abzahlungskauf oder Leasing mit 16-24 % verzins
3) Über die Kostenarten vgl. Gutenberg, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, S. 39

der in einer bestimmten Geschäftssparte bei bestimmten Konsumentenschichten erwartete Gewinn unter nicht-linearen Bedingungen realisiert, vergleichbar etwa mit dem Einsatz eines Spielautomaten, dessen Gesamtgewinneinspielung in einer bestimmten Zeit feststeht, ohne daß etwas über den Verlauf eines einzelnen Spiels ausgesagt werden kann. Soweit die Zahlungseinstellung auf Faktoren beruht, die vom betroffenen Kreditnehmer nicht steuerbar sind, entsteht streng genommen gesellschaftlich kein Schaden, sondern es realisiert sich lediglich der Gewinn in der durch die Häufigkeit bestimmter gesellschaftlicher Risiken gegebenen Proportion [1].

> "Es gibt keinen wirklich gesicherten Kredit, denn es gibt keine feststehenden Werte in der Wirtschaft. Andererseits trifft die alte Bankregel, wonach der sicherste Kredit der ungesicherte sei, weil er nur dann gegeben wird, wenn die Verhältnisse des Kreditnehmers über alle Zweifel erhaben sind, nur den Idealfall." [2] [3]

Eine Geschäftsausweitung im Konsumentenkredit, die in der Form der Erfassung neuer Kundenschichten, durch höhere Verschuldung bestehender Kunden, durch Erhöhung ihres Kreditvolumens oder Verlängerung der Laufzeiten ihrer Kredite erfolgen kann, bedeutet in jedem Fall eine Verschärfung des Risikos, dessen Realisierung im übrigen noch von der Wirt-

---

1) Durch die hohe Arbeitslosigkeit wurde 1975 z. T. mit einem Risikozuschlag von bis zu 5 % gerechnet. Auskunft einer Hamburger Bank

2) Schulte, Kreditsicherung, 1973, S. 1

3) Zur Kostenstruktur eines Kredits vgl. TW 74 1/18; Fischer, Das Passivgeschäft der Teilzahlungsbanken, Festschrift Kaminsky, S. 149 ff.; nach der Gewinn- und Verlustrechnung der KKB für 1973 ergeben sich, daß die Refinanzierungskosten 44 %, Personalkosten 19 %, Sachaufwand für das Bankgeschäft (Geschäftsunterhaltung, Werbung etc.) 22 % ausmachen.

schaftslage abhängig ist [1]. Die Gerichte, die trotz der gesellschaftlichen Bestimmtheit dieser Arten von Vertragsstörungen und ihrer Berücksichtigung in dem Risikoaufschlag der Kreditzinsen allein die Rechte aus der individuellen Betrachtungsweise ableiten, verkennen somit, daß jeder Kredit auf der Seite der Kreditgeber nur Teil eines umfassenden als ganzem kalkulierten Kreditgeschäfts ist, bei dem sich die gesamte Geschäftspolitik nicht aus der einfachen Aufsummierung der Einzelgeschäfte ergibt, sondern sich im Gegenteil das einzelne Geschäft erst aus der gesamten Kreditstrategie definiert und einordnet, während beim Konsumentenkreditnehmer jede einzelne Kreditaufnahme in der Regel ohne Abwälzungs- und Verrechnungsmöglichkeit sein gesamtes verfügbares Einkommen erfaßt.

Die Diskussion um den Schadensbegriff [2] hat diese gesellschaftliche Dimension bisher nicht aufgenommen, bei der zu unterscheiden wäre zwischen Geschäftsschäden, deren Eintritt nichts anderes als die Realisierung kalkulierter Geschäftskosten ist, und persönlichen Schäden, die weder kalkulierbar noch verrechenbar sind. Die Fixierung der Zivilrechtsdogmatik auf das eine Vertragsverhältnis, in dem ein Schaden entstanden ist, hat dazu geführt, daß diese "Schäden

1) Aus einer Untersuchung von Ewald, Das geltende Abzahlungsrecht und seine Reform, S. 76, geht hervor, daß von 247 Fällen der Zahlungseinstellung, bei denen es bereits zum Prozeß gekommen war, "72 auf mangelnde Zahlungsfähigkeit infolge von Krankheit oder Arbeitsverlust aus sonstigen Gründen zurückzuführen waren, wozu noch 15 Fälle von Mängelrügen und 14 Fälle von arglistiger Täuschung durch Vertreter hinzukommen"; vgl. auch die kanadische Untersuchung oben S. 373

2) Vgl. Keuk, Vermögensschaden und Interesse; H. J. Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, mit ausführlicher Darstellung des Meinungsstandes

der ersten Kategorie unbeschnitten geblieben sind. Allein bei Esser-Schmidt [1] wird an einer Stelle der Geschädigte in seiner sozialen Rolle reflektiert, wenn es heißt, die Zinssätze der §§ 246 BGB, 352 HGB benachteiligten "vor allen Dingen den sog. kleinen Mann, der nicht mit ständigen Bankkrediten lebt ...". [2] Eine soziale Interpretation des Schadensersatzes hätte davon auszugehen, daß es ebensowenig wie es einen einheitlichen Wertbegriff für persönlichen Verbrauch und Gewinnerzielung gibt, es auch keine gemeinsame Definition des Schadens für Geschäftswelt und Verbraucher geben kann. Ferner wäre zu berücksichtigen, daß Schadensersatz gerade gegenüber dem Verbraucher wiederum Schädigung ist, die oft in keinem Verhältnis zum sozial relevanten Schaden steht. Diese Schädigung verschärft dort die soziale Situation des Verbrauchers, wo bereits das Unglück der Zahlungsunfähigkeit seinen Haushalt betroffen hat [3].

I Die Verfallklausel

Die Verfallklausel ist bereits oben für den überwiegenden Teil der formularmäßigen Anwendungsfälle als ein Mittel angesehen worden, im Widerspruch zum sozialen Sinn des Ab-

1) Schuldrecht AT § 12 II S. 140

2) Zu den vielfältigen Überlegungen im Schadensrecht, bei denen durch einen "gegliederten Schadensbegriff" (Larenz) "mannigfache Modifikationen nach Sinn und Zweck des Schadensersatzes" (v. Caemmerer) oder gar nur noch durch "Fallgruppen" (nach Keuk, a.a.O. S. 12) die Höhe des Schadensersatzes festgestellt werden soll, wird hier nicht Stellung genommen.

3) Das BGB "regelte wohl den Unrechts-, nicht aber den Unglücksschaden" (Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, S. 102). Für das Geldverwertungsinteresse finden sich ausreichende Regeln (insbesondere § 252 BGB "entgangener Gewinn"), nicht jedoch für das Verbraucherinteresse. Der individuelle Vermögensschaden wurde "allzu großzügig gefaßt" (Mertens, a.a.O. S. 101), der soziale Schaden nicht einmal erwähnt.

wicklungsverhältnisses oder der "Natur des Vertrages" den Ko sumenten einem Zahlungsdruck[1] auszusetzen. Die Verfallklausel kann außerdem dazu benutzt werden, besondere zusätzliche Ge winne zu erwirtschaften. Wird die Gesamtkreditsumme einschließlich der Zinsen fällig, die als Gegenleistung für die nunmehr gekündigte Restlaufzeit vereinbart sind, so kann der Kreditgeber die Kreditsumme weiterverwerten, so daß sie sich doppelt verzinst. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte [2] hat selbst für das Abzahlungsgeschäft diese Bereicherung anerkann indem sie, gestützt auf die Motive zum Abzahlungsgesetz, § 4 Abs. 2 AbzG so auslegte, daß sie als "Restschuld" i. S. dieser Bestimmung auch die zukünftigen Zinsleistungen ansah.

Schon mit den verwendeten Begriffen verfehlt das OLG Münche die wirtschaftliche Situation, indem es im Abzahlungsgeschäft keine Unterscheidung zwischen Kaufpreis, Kredit und Zinsen trifft, sondern die verschwommenen Begriffe "Teilzahlungskaufpreis" [4] und "Teilzahlungszuschlag" [5] aus den Formularen des Kreditgebers übernimmt [6]. Erst hierdurch konnte die Problematik auf ein Interpretationsproblem des § 4 Abs. 2 AbzG reduziert werden. Die Lösung des Problems, daß sich nicht nu bei Abzahlungsgeschäften, sondern bei allen Ratenkrediten einschließlich dem Leasing stellt, hat jedoch bereits am vertraglichen Synallagma anzusetzen.

---

1) Vgl. Ostler/Weidner, AbzG § 4 Anm. 65
2) OLG München NJW 1973, 53; OLG Hamm TW 64, 190; OLG Braunschweig BB 65, 847; OLG Köln NJW 66, 2217, die beiden letzten Entscheidungen nur implizit. A. A. jetzt OLG Hamm NJW 73, 103
3) A.a.O.
4) A.a.O. S. 55
5) A.a.O. S. 54
6) Vgl. die Parallele der "time-price-doctrin" im US-amerikanischen Recht, wo die Zinsen im Abzahlungskauf in time-price umdefiniert wurden und damit die Schutzvorschriften für small loans von den Gerichten umgangen wurden; Curran, Trends in Consumer Credit Legislation, S. 15, 20; König, Konsumentenkredit, S. 11; v. Bieberstein, Das Abzahlungsgeschäft und seine Finanzierung, S. 85

Der Kreditgeber bzw. kreditgewährende Verkäufer fordert formularmäßig eine Leistung, für die er dadurch, daß er die Restkreditsumme fällig stellt, die Gegenleistung verweigert. Damit verletzt diese Klausel, soweit sie als Ausdruck der Hauptleistungsverpflichtung erscheint, schon den formalen Austauschzweck des Vertrages. Wer seine Leistung nicht erbringen kann oder will, wie sie nach dem Inhalt der vertraglichen Leistungsbestimmung festgelegt ist, kann den Anspruch auf die Gegenleistung nur in Form des Schadensersatzes geltend machen (vgl. §§ 323 ff, BGB) [1]. Wo die zeitweise Bereitstellung von Kaufkraft (Darlehensleistung) verweigert wird, entfällt auch die Verpflichtung zur entsprechenden Gegenleistung in der Zinszahlung, gleichgültig, ob sie nun als Gebühr, Teilzahlungszuschlag oder als Zins bezeichnet ist. Dies umfaßt auch Leistungen an "Dritte" wie Versicherungsgebühren [2], da Versicherungsgebühren als Entgelt für die mit der Bereitstellung des Kapitals verbundene Risikowahrscheinlichkeit anzusehen sind, was sich auch darin ausdrückt, daß die Versicherungsgeber oft nur Töchter der Kreditgeber sind [3]. Was die Leistung des Kreditgebers und welches die Gegenleistung des Kreditnehmers ist, ist aus der Sicht des jeweiligen Leistungsempfängers zu beurteilen. Die Versicherungsgebühren werden danach nur scheinbar an Dritte geleistet. In Wirklichkeit erhält der Kreditgeber nämlich hierdurch die Kapitalsicherheit als eigentlichen Leistungsinhalt [4]. Soweit mit dem

---

1) Im Ergebnis jetzt wohl h. M. OLG Hamburg Urt. v. 8. 7. 77 - 11 U 2/77; OLG Celle Urt. v. 20. 1. 77 - 16 U 68/76; OLG Hamm NJW 73, 103; OLG Köln Urt. v. 3. 12. 76 - 4 U 78/76 zitiert nach Hannes, Der Konsumentenkredit in Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1977, TW 78 2/19

2) KG BB 74, 1505; a. A. die h. M. OLG München 77, 152; OLG Stuttgart, Urt. v. 2. 6. 77; Hannes, a.a.O. TW 78, 2/20

3) Vgl. im einzelnen Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 233, dort auch zu anderen Kostenbenennungen

4) Bachmann, Die Restforderung der Teilzahlungsbank gegen den säumigen Schuldner, NJW 78, 865 (866), hält dieses Ergebnis für wünschenswert. Ein Trend "von mehr äußerlich formalen Gesichtspunkten zu mehr funktioneller Betrachtungsweise" sei in der Rechtsprechung unverkennbar

Anspruch auf Zinszahlung nur der tatsächlich entgangene Gewinn kompensiert werden soll, ist dieser Anspruch unter den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs bzw. der Verzugszinsen (§ 288 BGB) zu prüfen. Ist er unter diesem Gesichtspunkt nicht gerechtfertigt, so handelt es sich in Wirklichkeit um ein Vertragsstrafversprechen, das gemäß § 11 Ziff. 6 AGB-G nichtig ist [1]. Für den Fall freiwilliger vorzeitiger Kreditrückzahlung haben die Kreditgeber das Problem bereits seit längerem zugunsten der Kreditnehmer gelöst, als das Kreditaufsichtsamt in seinen Richtlinien empfahl, die Zinsen nur auf die tatsächlich in Anspruch genommene Kreditlaufzeit zu berechnen. In den Kreditbedingungen wird daher zum Teil auch die Rückerstattung der Zinsen für den nicht in Anspruch genommenen Zeitraum ausdrücklich zugesichert [2].

Die Sparkasse hat diese Klausel als erste ausdrücklich auch auf den unfreiwilligen Ratenverfall ausgedehnt. In Zukunft wird diese Praxis auch an § 11 Ziff. 2 a AGB-G zu messen sein, da hier die Forderung der Gegenleistung bei Verweigerung der eigenen Leistung einem Ausschluß des Leistungsverweigerungsrechts gleichkommt.

Soweit nicht bereits in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine entsprechende Klarstellung erfolgt ist [3], ergibt sich die Beschränkung der Rückzahlungsverpflichtung auf das Entgelt für tatsächlich in Anspruch genommene Kapitalnutzung aus §§ 325 BGB; 11 Ziff. 6; 11 Ziff. 2a AGB-G. [4]

---

1) Dazu siehe unten S. 432

2) So die WKV-Teilzahlungsbank GmbH in Ziff. 5, abgedruckt bei Ostler/Weidner, AbzG S. 631; Ziff. 6 der Bedingungen der Sparkasse der Stadt Berlin-West für das Anschaffungsdarlehen, jedoch beide mit der Maßgabe, daß der Restbetrag mindestens zwei Monatsraten bzw. 200,- DM umfaßt; die Berliner Disconto Bank vereinbart in ihrem Formular "Persönliche Kredite (PKK/PAD)" in Ziff. 2 die Rückerstattung

Forts. s. S. 432

In einem Konsumentenkreditgesetz sollte dieser Gedanke im Hinblick auf entgegenstehende Rechtsprechung noch einmal dadurch betont werden, daß in der Bestimmung der Leistungspflicht des Konsumentenkreditnehmers (§ 4) die Worte eingefügt werden:

> "soweit sie (die Kreditkosten) einer Inanspruchnahme des Kredits im berechneten Zeitraum entsprechen."

II Vertragsstrafe

Ein Mittel, offen aus der Vertragsstörung einen Gewinn zu erwirtschaften, der weder in Beziehung zu einem eingetretenen Schaden noch zu den vereinbarten Leistungen steht, war bisher das Vertragsstrafeversprechen. In § 11 Nr. 6 AGB-G wird die formularmäßige Vereinbarung von Vertragsstrafen für Verzug nun für unzulässig erklärt. Dabei wird an die Definitionen der Vertragsstrafe in §§ 336 ff. BGB angeknüpft. In Anbetracht der vielen Möglichkeiten, Vertragsstrafen wie in dem oben erwähnten Fall der Zahlungsverpflichtung bei Verfall der Restschuld in die Form synallagmatischer Leistungsversprechen zu kleiden, sollte jedoch statt des "Straf"-begriffs eine inhaltliche Bestimmung erfolgen, die den Wortlaut des § 12 Abs. 2 E-KKG (unten S. 515) haben könnte.

III Der Ersatz des Verzugsschadens und die Nutzungsentschädigung

Bei der Abwicklung notleidender Kredite haben die Kreditge-

---

2) Forts. von S. 431:
der Zinsen bei vorzeitiger Rückzahlung, abgedruckt in PG Mahnverfahren und Konsumentenkredit, S. 72; ebenso die BHI beim Privatdarlehen in Ziff. 2 a.a.O. S. 294; das Gegenbeispiel bietet die als "Kredithai" eingestufte Franz-Hubinger AG in Ziff. 8 ihrer Bedingungen für Kleinkredite, abgedruckt in Schwarzbuch des Rheinischen Sparkassen- und Giroverbandes Beispiel 1

3) Dies soll bei der Mehrzahl der Kreditbedingungen seit neuestem der Fall sein (Hannes, a.a.O.)

4) Bachmann, a.a.O. S. 867, leitet dies Ergebnis aus § 242 BGB, § 9 AGB-G ab

ber Formen der Schadensabrechnung entwickelt, aus denen sic im Einzelfall eine zusätzliche Gewinnerzielung ergeben kann. Bei freien Darlehen bzw. finanzierten Abzahlungskäufen, bei denen das Rücktrittsrecht nicht ausgeübt wurde, wird die Möglichkeit wahrgenommen, legal als Verzugsschaden einmal durch dessen abstrakte Berechnung, zum anderen durch seine vertragliche Pauschalierung Leistungen zu fordern, die den Kreditgebern bei vertragsgemäßer Abwicklung nicht zugekommen wären. Bei Geschäften, die dem Abzahlungsgesetz unterliegen, bietet die Nutzungsentschädigung und ihre Berechnung nach Mietgrundsätzen ebenfalls besondere Möglichkeiten des Gewinns. So hat das OLG Köln [1] einen Fall entschieden, in dem für 12 Monatsraten bei einer Verzinsung von 0,75 % eine Effektiv-Verzinsung von 18 % [2] [3] gefordert war. Durch den Verzug wurde die Restsumme einschließlich der ausstehenden Zinsen fällig und zuzüglich berechnete der Kreditgeber 12 % p.a. Verzugszinsen auf die ausstehende Summe. Diese vom OLG Köln [4] akzeptierte Berechnungsweise führte dazu, daß die Bank für den 3.-12.

---

1) NJW 68, 1933
2) Vgl. dazu die Formel des Bundesverbandes Deutscher Banken p(Effekt) = Monatszinssatz x Laufzeit (in Monaten) + Bearbeitungsgebühr (in %) x 24, das Ganze dividiert durch Laufzeit (in Monaten) + 1; nach "Test" 1974 Nr. 10
3) Dies ergibt sich, wenn man nach den Angaben davon ausgeht, daß nach zwei gezahlten Monatsraten die vom LG abgewiesenen 453,80 DM der 18 %igen Verzinsung des Darlehens von 3000,- DM für die Restlaufzeit entsprach.
4) A.a.O.

Monat der Kreditlaufzeit Zinsen in Höhe von 30 % erhielt, also 12 % mehr als bei ungestörtem Kreditverlauf.

In dem Fall, der vom OLG Hamm [1] entschieden wurde, erreichte der Kreditgeber durch den Zahlungsverzug des Kreditnehmers eine Effektivverzinsung von 34 % für die restliche Laufzeit von immerhin noch 24 Monatsraten, während ohne den Verzug nur 22 % Effektivverzinsung erreicht worden wäre [2].

Während die Rechtsprechung im ersten Fall dem Kreditgeber einen Sondergewinn von ca. 300,- DM bei 3000,- DM Kreditsumme aus dem Zahlungsverzug des Kreditnehmers zuerkannte, waren es im zweiten Fall bereits ca. 1120,- DM bei 5000,- DM Kreditsumme.

Noch größere Gewinne versuchten die Kreditgeber jedoch im finanzierten Abzahlungskauf bei Zahlungsverzug zu erreichen, wenn auch die Rechtsprechung hier nicht so großzügig war. Da durch den Rücktritt § 2 AbzG dem Kreditgeber eine Nutzungsentschädigung neben der Wertminderung zuerkannte, berechnete der Kreditgeber in einem vom BGH [3] entschiedenen Fall seinem Kunden nach Rücknahme des verkauften Gegenstandes folgende Forderung:

Ein LKW, der neu 15.200,- DM gekostet hatte und dessen Wert nach Rücktritt noch auf 4500,- DM beziffert wurde, sollte den Kunden nach Verzug nun insgesamt 28.644,30 DM kosten, wobei für Wertminderung 2.045,- DM, übermäßige Wertminderung 11.450,- DM, für verschiedene Aufwendungen 1773,30 DM und für die Nutzungsentschädigung immerhin für 176 Tage à 76,- DM 13.376,- DM gefordert wurden.

---

1) NJW 73, 1003
2) Angaben a.a.O.
3) BGHZ 19, 330

1.. Verzugsschaden [1]

Nach den §§ 249 ff. BGB ist bei Verzug gemäß § 286 BGB de Schaden zu ersetzen, der sich im Vermögen des Ersatzberech tigten zeigt [2]. Dabei gilt der Grundsatz, "daß der Ersatzbe rechtigte nur seinen Schaden ersetzt bekommen, nicht aber mehr erhalten soll, als er ohne das vom Ersatzpflichtigen zu verantwortende Ereignis jetzt haben würde." [3] Da die Kreditsur me ohnehin zurückgezahlt werden muß und Geld keine Mängel aufweist, können Schäden nur als entgangener Gewinn (§ 252 BGB) oder aber wegen zusätzlich notwendiger Durchsetzungs kosten gerechtfertigt sein.

a) Pauschalierungen und abstrakte Berechnung des entgan genen Gewinns

Der entgangene Gewinn ist der Raum der Kreditgeber, in den die Justiz sich nur noch geringe Überprüfungen vorbehält. Das einfachste Mittel hierbei ist die formularmäßige Festlegung des Schadens, der als eingetreten gelten soll. Ob dieser Scha den dabei durch einen fixen oder prozentualen Pauschalbetrag von der ursprünglich zu zahlenden Gesamtschuld beziffert wir oder ob die Verzugszinsen mit einem bestimmten Prozentsatz pauschaliert werden, ändert nichts an dem Tatbestand, daß di tatsächliche Lage nur noch in ihrer vertraglichen Definition rechtlich in Erscheinung treten soll.

Die Gerichte haben gegen diese Schadenspauschalierungen kaum Einwände geltend gemacht. Mit der Feststellung, eine formu larmäßige Schadenspauschalierung sei "an sich nicht unbillig"

1) Vgl. zur juristischen Diskussion die Nachweise oben S. 428 Fn 2
2) Larenz, Schuldrecht I § 14 III 1. S. 154
3) Larenz, a.a.O. 3.
4) OLG Hamm NJW 74, 1951; vgl. auch OLG Koblenz Urt. v. 16. 6. 77 - 5 U 1012/76 -; zitiert nach Hannes, Der Konsumer tenkredit, TW 78 2/20; Scholz, Zur Zinsberechnung bei Teil zahlungskrediten, BB 77, 525; Bachmann NJW 78, 865 (867)

entzieht sich das OLG Hamm der wirtschaftlichen Erörterung. Eine andere Methode wendet das OLG Köln mit dem Aufbau eines Vorverständnisses an, das die Schadenspauschalierung als logische Konsequenz erscheinen läßt: "Kreditfinanzierungsgeschäfte sind in der Regel Risikogeschäfte, bei denen das Risiko der Rückzahlung in erster Linie dem Finanzierungsinstitut obliegt. Es versucht deshalb, durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen sich möglichst von den schädlichen Folgen zu schützen, die dann eintreten, wenn der Kreditnehmer nicht zahlungswillig oder -fähig ist. Zu diesen Vereinbarungen gehört z. B. ... die Vereinbarung von Verzugsfolgen. ... Da außerdem durch die ratenweise Tilgung des Darlehens dem Darlehensgeber erhebliche Unkosten entstehen, die dieser auf den Kreditnehmer abwälzen darf ..." [1)]

Plakative Bilder wie "Risikogeschäfte" und "erhebliche Unkosten" werden ohne empirischen Hintergrund gemalt. Daß die Ausfallquote bei Investitionskrediten 3,4 % gegenüber 1 % bei Konsumentenkrediten liegt, bleibt unberücksichtigt. Welche Risiken ein Elektrizitätswerk bezüglich der Zahlungen seiner Abnehmer, die es sich nicht aussuchen darf, hat, oder wie hoch die Risiken eines Kaufhauses (Diebstahl, Zerstörung von Waren im Geschäftsbetrieb, "Ladenhüter" etc.) sind, wird zum Vergleich nicht angeführt. Warum eigentlich die Kosten aus Ratenkrediten "erheblich" sein sollen und sich offenbar damit von durchschnittlichen Geschäftskosten abheben, bleibt offen.

Der hohe Anteil der Werbung im Bankgeschäft [2)], der ein

---

1) OLG Köln NJW 68, 1934/1935

2) Allein die Werbung der Banken in Presse, Rundfunk und Fernsehen machte 1973 5 % des gesamten Werbeaufwandes der Wirtschaft aus. Er betrug 1966 82 Mill. DM; und 1973 bereits 300 Mill. DM; Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen ..., S. 158 ff.; in Frankreich stellte die Werbung 1972 15 % der Kosten im Bankgeschäft gegenüber nur 1 % im Textilhandel und lag damit mit an der Spitze der Werbung. Nach de Mello, Publicité, Consommation et Moralité, Gazette du Palais Nr. 5 1974 (septembre) S. 718 ff. (726)

deutlicher Faktor in den Vertriebskosten ist [1], läßt zumind erhebliche Zweifel an "erheblichen Kosten" entstehen. Das OLG Hamm [2] beruft sich zum Beweis seiner Behauptung v den "bekannten Risiken der Kreditbanken bei der Finanzier von Abzahlungskäufen" auf die vorstehend zitierte Entscheid und kommt zu dem Schluß, daß 34 % p.a. "nicht sittenwidr übersetzt" sind. Tatsachen werden unterstellt, die Unterste lungen wiederum zitiert und damit eine gefestigte Rechtsan- schauung produziert, bei der es nicht mehr auffällt, daß es gentlich auf diese Ausführungen gar nicht ankommt. Ein Ge schäft mag noch so risikoreich sein, für die Feststellung e Verzugsschadens zählt allein, welcher Schaden in dem be- stimmten Geschäft, das nicht zur bestimmungsmäßigen Abw lung kommt, tatsächlich eingetreten ist. Es gibt keinen Rec satz im Zivilrecht, wonach derjenige Kreditnehmer, bei der sich gerade dieses Geschäftsrisiko im Einzelfall verwirklic die gesamten Geschäftskosten eines risikoreichen Geschäftes zu tragen hat. Hier wird nun doch gesellschaftlich argumen- tiert, allerdings zu Lasten des Kreditnehmers, der für sein "Klasse" haftet. Dabei werden die Verhältnisse erst recht a den Kopf gestellt, da nicht dem gesellschaftlich kalkulieren Kreditgeber, sondern dem im Einzelvertrag isolierten Kred nehmer das Kalkulationsrisiko aufgebürdet wird. Dem Scha- densersatzrecht im Zivilrecht ist der Strafgedanke jedoch fremd, wonach nicht der Ausgleich von Schäden, sondern di Bestrafung eines u. U. sogar schuldlosen Vertragsbrüchigen möglich wäre [3]. Auch dies übersieht das OLG Köln [4], we es meint: "Die vom LG vorgenommene Aberkennung der Kre ditgebühren bedeutet daher eine Besserstellung der Beklagte

---

1) Vgl. zur Kostenstruktur Fn. 3 S. 426
2) NJW 73, 1003
3) Larenz, a.a.O. § 14 III a 3 S. 155
4) NJW 68, 1933 (1934)

als Folge ihrer Vertragsuntreue. Sie kann schon deshalb keinen Bestand haben." Dabei vergleicht das OLG nicht die Zinsen im vorgesehenen Vertragszeitraum, sondern stellt dem Verzugszeitraum nach Ablauf der vorgesehenen Laufzeit einen fiktiven Vertrag gegenüber.

Da der Kreditgeber prinzipiell einen Gewinn aus dem Verzug erzielen darf, bleibt nur die fürsorgende Frage, ob dieser doppelten Belastung des Kreditnehmers "kein sittenwidriger Makel anhaftet" [1]. Faßt man die Argumente zusammen, so ergibt sich folgende Logik: Kreditgeschäfte sind Risikogeschäfte. Es ist daher verständlich, daß Kreditnehmer bei Zahlungsverzug belastet werden. Eine Schadenspauschalierung in den AGBs ist somit an sich nicht unbillig. Ein zusätzlicher Gewinn des Unternehmers, der um ein Drittel höher liegt als bei ungestörtem Geschäftsverlauf, ist nicht mit einem sittlichen Makel behaftet und daher nicht sittenwidrig übersetzt. Das Schadensersatzrecht wird in die Gestaltungssphäre der Unternehmen eingegliedert, die nur noch der Preiskontrolle der Wuchergrenze unterworfen ist. Würden dieselben Gerichte eine tarifvertraglich erkämpfte Schadenspauschalierung bei unrechtmäßiger Kündigung eines Bankangestellten in Höhe von 30 % des Gehaltes in der voraussichtlichen Laufzeit des Angestelltenvertrages akzeptieren? Oder eine tarifvertraglich vereinbarte Lohnerhöhung von 30 % für den Zeitraum ungerechtfertigter Nichtbeschäftigung zulassen? Wie würde ein Gesetz aufgenommen werden, in dem bei Sachmängeln gleich welcher Art vom Käufer 30 % vom Kaufpreis als Schadensersatz zurückgefordert werden könnte? Im Möbelhandel sind 30 % pauschalierter Schadensersatz, die der vertragsbrüchige Käufer zu zahlen hat, durchaus üblich und anerkannt. Eine Auseinandersetzung mit dem Vorverständnis, daß in der hier ge-

---

1) OLG Köln NJW 68, 1933 (1934)

übten Argumentationskette deutlich wird, ist jedoch überflüss
Der Schadensbegriff steht nach dem Gesetz nicht zur Disposi
tion der Kreditgeber. Ersetzt werden kann nur der tatsächlic
nachgewiesene Schaden bzw. der entgangene Gewinn, soweit e
nach den konkreten Angaben des Geschädigten dem Gericht hi
reichend wahrscheinlich ist. Durch Schadenspauschalierungen
kann nur der Gesetzgeber, wie er es in § 288 BGB und § 35
HGB gemacht hat, die Parteien vom konkreten Nachweis und
den Richter von seiner richterlichen Prüfungspflicht entlasten
Die Pauschalierungen in den AGB sind lediglich Behauptungen
über einen tatsächlichen Zustand, die je nach dem Ausmaß d
Pauschbetrages schlüssiges oder unschlüssiges Parteivorbring
vor Gericht darstellen können. Widerspricht der Konsument
dieser Behauptung, so ist sie zu beweisen. Eine Umdeutung
solcher Klauseln in eine vertraglich vereinbarte Beweislastum
kehr ist nicht möglich, da der Beweis nur vom Kreditgeber
führt werden kann und die Beweislast nicht zur Disposition d
Parteien steht.

Der eigentliche Grund, warum die Gerichte die Schadenspau-
schalierung zulassen, liegt jedoch kaum in dogmatischer Er-
kenntnis, sondern in einer Ratlosigkeit in wirtschaftlichen Fr
gen. In seiner Anmerkung zum Urteil des OLG Köln [1] hat
Scholten formuliert:

> "Daß dieser Verzugsschaden pauschaliert vereinbart und geltend gemacht wird, rechtfertigt sich einfach schon daraus, daß unter den gegebenen Umständen eine Spezifizierung gar nicht möglich, jedenfalls aber mit unverhältnismäßig großen Aufwendungen verbunden wäre, die den dem Kreditgeber entstehenden Verzugsschaden gerade noch vergrößern würden. Wie soll eine mittlere Teilzahlungsbank, ... ohne schwierige betriebswirtschaftliche Ermittlungen diese Kosten auf jede einzelne Sache umlegen, um ihren Verzugsschaden im Prozeß spezifizieren zu können?"

---

1) NJW 68, 1933

Die Frage lautet jedoch genauer: Wie soll ein Richter solche Ausführungen überhaupt verstehen und nachprüfen können, wenn ihm in seiner ca. siebenjährigen Ausbildung kaum Kenntnisse über Grundbegriffe wie Liquidität, Refinanzierung, Geldschöpfung und Geldvernichtung, die er zur Schadensberechnung benötigt, vermittelt wurden. Aus der Dogmatik läßt sich m. E. die Lösung der Obergerichte zugunsten der Schadenspauschalierungen der Kreditgeber nicht ableiten. Es scheint vielmehr so, als ob sich diese Gerichte auf der Grundlage eines falschen wirtschaftlichen Vorverständnisses allzu schnell bereitfinden, vermutete Berechnungsprobleme der Banken zu lösen, während nur vereinzelt der dogmatisch einfachere verbraucherfreundliche Weg gegangen wird, die Pauschalierung als unsubstantiertes Parteivorbringen oder nichtige Parteivereinbarung anzusehen und wie das LG Wuppertal [1] die gesetzlichen Zinsen von 4 % zuzusprechen. Dabei würde sich bei genauerer wirtschaftlicher Analyse herausstellen (dazu s. u.), daß der Zinssatz des § 288 BGB weit näher an der Realität liegt als die formularmäßigen Schadensbehauptungen der Kreditgeber.

Es ist auch wenig tröstlich, wenn der Bundesgerichtshof [2] auf der Grundlage dieser willkürlichen Beweislastumkehr allgemein feststellt, daß "bei Vereinbarung eines pauschalierten Schadensersatzanspruchs in AGB ... dem Vertragspartner die Möglichkeit des Nachweises nicht abgeschnitten werden (darf), die Pauschale verhelfe dem Verwender von AGB zu einem unangemessenen Vorteil oder es sei jedenfalls im konkreten Falle ein weitaus geringerer Schaden entstanden." Nachdem man gerade die Zulässigkeit der Pauschalierung mit der Unmöglichkeit eines konkreten Schadensnachweises begründet hat, wird der Verbraucher außerhalb der Geschäfts-

---

1) 3 0 262/67 zitiert in der Anm. von Scholten, a.a.O.; ebenso wohl auch die Vorinstanz zu OLG Köln NJW 68, 1933

2) MDR 76, 392; jetzt in § 11 Ziff. 5 AGB-G auch noch kodifiziert

organisation der Banken wohl kaum zu diesem Gegenbeweis i
der Lage sein, wenn man den nach allgemeinen Regeln der
Bank obliegenden Beweis schon dieser nicht zumuten wollte.

In der jüngsten Rechtsprechung hat der BGH den Banken dar
über hinaus auch dann den Schadensnachweis abgenommen,
wenn ihre Formularbedingungen keine Pauschalierungen ent-
hielten [1].

In Anlehnung an die höchstrichterliche Rechtsprechung zur al
strakten Schadensberechnung im Handelsverkehr, wonach "typi
sche Situationen des Handelsverkehrs prima facie als gewinn
versprechend behandelt" [2] werden [3], hat der BGH den Ban
ken die abstrakte Schadensberechnung nach ihrem Durch-
schnittsgewinn gestattet [4] [5]. Soweit überwiegend nur ein Ge
schäft vom Kreditgeber betrieben wird (dies kommt für Kon-
sumentenkredite heute im Universalbankensystem praktisch
nicht mehr vor), sollen die üblichen Sollzinsen als Verzugs-
schaden berechnet werden. Die Entscheidung scheint einen
brauchbaren Kompromiß zwischen tatsachenbezogener Scha-
densberechnung, Pauschalierungsbedürfnis und richterlicher
Beurteilungskapazität gefunden zu haben. Jedoch nur scheinba
gewinnt der Richter hierdurch etwas von seiner Unabhängig-
keit zurück, da er in Wirklichkeit nur eine andere Willenser-
klärung der Bank zur Grundlage seiner Tatsachenfeststellung
macht: die Bilanz.

Die Lösung ist schon dadurch in Frage gestellt, daß der

---

1) BGH NJW 74, 895 i. Anschl. an Palandt-Heinrichs, BGB, 33. Aufl. § 252 Anm. 3 b

2) Gewinnausfall des Handelsverkäufers bei beweglichen Sachen (RG HRR 29 Nr. 85); bei Frachtschiffen (BGH VersR 65, 373 (374); 65, 351 (353 ff.)); bei Frachtvermittlung (BGH NJW 59 1079

3) BGH NJW 74, 895

4) Zur Geschichte der abstrakten Schadensberechnung im Handelsrecht, die auf § 376 Abs. 2 HGB zurückgeführt wird, vgl Kollpack, Die abstrakte Schadensberechnung, Diss. Düsseldorf 1960 S. 1-27

5) BGH a. a. O.

Gewinn einmal in der Steuerbilanz, zum anderen aber als Aushängeschild der Firma in der Handelsbilanz in ganz anderem Umfang nachgewiesen ist. Zudem ist anerkannt, daß durch Diskrepanzen zwischen Abschreibung und Verbrauch, stillen Rücklagen und ausgewiesenem Vermögen sowie durch das Maß der Eigenfinanzierung die Gewinngestaltungsmöglichkeiten quasi beliebig sind [1].

Abgesehen von dieser praktischen Unzulänglichkeit des Ergebnisses sind jedoch auch die Prämissen dieser Beweiserleichterung oder Beweislastumkehr [3] für die Banken zweifelhaft.

Der Bundesgerichtshof gründet die Zulässigkeit einer abstrakten Wahrscheinlichkeitsbehauptung i. S. des § 252 BGB auf die Feststellung, daß "der Topf der frei verfügbaren Gelder, welch die Bank gewinnbringend anlegen könne, ... stets um die Beträge geschmälert (sei), die ein Schuldner unpünktlich zahle." [4] Diese Feststellung, die jedem Juristen offensichtlich erscheinen mag, ist jedoch falsch. Der Bundesgerichtshof läßt nämlich unberücksichtigt, daß sich der Zahlungsverkehr weitgehend bereits bargeldlos durch Vermittlung der Banken vollzieht [5]. Nachdem

---

1) Vgl. zum Wert der Bilanz Wöhe, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 8. Aufl. 1968 S. 644; Moxter (Bilanzlehre, S. 344 ff.) beschreibt mit der "nominellen, indexorientierten (realen) und substantiellen Gewinnbetrachtung" allein drei verschiedene Gewinnberechnungsarten, die verschiedenen Bilanzzielen und -theorien zugeordnet werden können und sich in einem von ihm berechneten Beispiel (S. 364) im Verhältnis von 2 zu 1,6 zu 1 Mio DM "Gewinn" unterscheiden.
2) Roll, Anm. zu diesem Urteil in NJW 74, 1281
3) So Belke, Abstrakte Schadensberechnung und Anscheinsbeweis am Beispiel des Zinsschadens, JZ 69, 586 (595)
4) Im Anschluß an Belke, a.a.O.
5) Zum Bargeldanteil der von ca. 43 % 1960 auf ca. 36 % 1970 fiel vgl. Richter/Schlieper/Friedmann, Makroökonomik, 1973 S. 369, und Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen ... , S. 225a

der Geschäftskreislauf sich schon lange im Bereich der Bankü
weisungen bewegt und von den Unternehmen Bargeld nur noch in
weit gehalten werden braucht, wie es für bare Lohnzahlungen no
wendig ist, ist es den Banken inzwischen auch gelungen, im Kon
sumentenkreislauf [1] das zirkulierende Bargeldvolumen einzu-
schränken. 1974 konnte festgestellt werden, daß inzwischen
fast alle Löhne bargeldlos gezahlt werden [2]. Damit bedeutet je
Kreditaufnahme bei einer Bank gleichzeitig die Erhöhung der Ei
lagen der Banken, da mit hoher Wahrscheinlichkeit die Kredit-
summe auf ein Konto einer Bank wieder eingezahlt wird. Unterh
der Veräußerer sein Konto bei der kreditgewährenden Bank selb
so führt die Bezahlung des Konsumgutes mit der Kreditsumme c
zu, daß sich die Einlagen der Bank um den Betrag erhöhen, den
sie im Kredit ausgeschüttet hat. Da sie Außenstände und das be
ihr eingelegte Geld unter den Aktiva erfaßt, erhöht sich ihr Akti
bestand an Geld, ohne daß Zentralbankgeld hierfür gedruckt wer
den müßte. Diese Form der Geldproduktion wird als Giralgeld-
schöpfung bezeichnet [3]. Auch wenn das aufgenommene Geld auf
das Konto einer anderen Bank eingezahlt wird, ergibt sich im E
gebnis nichts anderes, da sich die verschiedenen Einzahlungen
genseitig ausgleichen und die Bank daher im gesellschaftlichen
Durchschnitt für ihre Außenstände entsprechende Einlagen erwa
ten kann. Entsprechend führt die Kreditrückzahlung zu einer
Geldvernichtung, da durch Umbuchung eine bestehende Kontoein
lage belastet und dem Kredit gutgeschrieben wird. Zahlt der Sch
ner daher nicht pünktlich, so bleiben im Bankensektor Einlagen
halten. Ein

---

1) Dazu Werner Hofmann, Grundelemente der Wirtschaftsgesell-
schaft, 1969 S. 81

2) TW 74 1/28

3) Vgl. zum ganzen Ehrlicher, Geldtheorie in Kompendium der
Volkswirtschaftslehre Bd. 1, S. 339 (367); informativ auch d
Lexikon Bd. 7 1970 S. 161 "Geld"; Busch/Seelow, Zur politi-
schen Ökonomie des Geldes. Kursbuch 36 (Juni) 1974 S. 13
(22 f.)). Die Kreditvergabe stellt somit gleichzeitig einen Ge
schöpfungsakt dar. Auf diese Weise erklärt sich auch, warur
bei einem Banknotenumlauf von z. B. 23,6 Mrd. DM 1963 di
Einlagen inländischer Nichtbanken 144 Mrd. DM betrugen. (M
natsberichte der Deutschen Bundesbank Dez. 1963 S. 30 mit
dem Nachweis der Entwicklung seit 1951)

Verzug mit der Rückzahlung bewirkt daher, so paradox es klingen mag, im Giralgeldsystem zur gleichen Zeit eine Schmälerung wie auch die Verhinderung einer Schmälerung der verfügbaren Gelder. Für diese Erkenntnis muß zwar eine isolierende Betrachtungsweise einzelner Verhältnisse zugunsten einer gesellschaftlichen Erfassung bestimmter Vorgänge der Kreditgewährung aufgegeben werden. Da der gesellschaftliche Zusammenhang zwischen Kreditgewährung, Geldschöpfung, Rückzahlung und Geldvernichtung kein zufälliger, sondern ein notwendiger und regelmäßiger Zusammenhang ist, müssen diese Verhältnisse dazu führen, die Berechnung des Verzugsschadens durch den BGH zumindest in Frage zu stellen.

Zur Stützung seiner bankenfreundlichen Abweichung vom Erfordernis des konkreten Schadensnachweises [1] geht der BGH weiter von der Grundannahme aus, daß "es auch im Geschäftsbetrieb einer Bank dem regelmäßigen Verlauf (entspricht), daß die Bank ihr zufließende Gelder im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes gewinnbringend nutzt." [2] Diese Annahme unterstellt, daß Geld als die allseitig veräußerbare Ware und gleichzeitig die einzige Ware, mit der qualitativ unbeschränkt alle anderen Waren gekauft werden können, durch seine bloße Existenz auch seine Verwertung garantiert. Die gewöhnliche Anschauung vom Produktionsfaktor Kapital, der "prima facie gewinnversprechend" [3] ist, und damit ebenso wie jede Arbeitskraft, sobald sie in Aktion tritt, ein Produkt hervorbringt, wird übernommen.

Zunächst bleibt bei dieser Sicht außer acht, daß unter den Bedingungen multipler Giralgeldschöpfung eine absolute Geldknappheit nicht mehr eintreten kann. Lediglich die Gewinnspanne, die durch die Schöpfung neuen Geldes im Kredit erwirt-

---

1) So noch KG NJW 57, 1561; OLG Düsseldorf NJW 69, 2051; OLG Köln NJW 69, 1388; 61, 30; MDR 60, 1011; OLG Frankfurt NJW 56, 360
2) A.a.O.
3) BGH a.a.O.

schaftet werden kann, unterliegt beschränkten Regelungen durch die Zentralbank, die dadurch das Interesse an der Geldschöpfung verringern kann, sei es, daß sie die Mindestreserven erhöht, die unverzinst den gesamten Geschäftsgewinn belasten, sei es, daß der Rediskontsatz erhöht wird und damit das Zentralbankgeld, das dem Giralgeld zugrunde liegt, teurer wird [1]. Der Bank fehlt somit unter den heutigen Bedingungen niemals eine von ihr geforderte Kreditsumme überhaupt. Es können sich lediglich die Kosten ihrer Beschaffung erhöhen, daß die Ausleihe unrentabel wird.

Ein weiterer Faktor, der deutlich macht, daß das vom BGH gefundene Gesetz des sich regelmäßig und ständig selbst verwertenden Wertes nicht für alle konkreten Geldquantitäten gilt, ist die Bankenliquidität [2]. Da die Bankenliquidität für die einzelne Bank bedeutet, daß ein Teil der von ihr verwalteten Gelder keine Zinsen bringen und damit die Gesamtrendite auf das eingesetzte Kapital schmälert, versucht sie, in jedem Moment ein Höchstmaß an Krediten herauszulegen und ihre Barreserve auf das unabdingbare Maß herabzusetzen [3].

Da die Banken unter sich ein Kreditverbundsystem haben, indem sie Nachfrageschwankungen in den einzelnen Bereichen ausgleichen, benötigen sie eine Liquidität, die nur einen Bruchteil der Sichtverbindlichkeiten ausmacht [4]. Betrachtet man nun unter diesen Gesetzen der minimalen Liquiditätshaltung die Entwicklung der Bankenliquidität, so stellt man erstaunliche Schwankungen fest. Während sie 1963 mit ca. 13 % des Einlagevolumens angegeben wird, sank sie 1966 auf ca.

---

1) Zu den weiteren Mitteln wie Offenmarktpolitik und Lombardsatzregulierung vgl. Lipfert, Einführung in die Währungspolitik, 3. Aufl. 1967 S 139 ff., 156 ff.

2) Dazu Kloten, Erfolg und Mißerfolg der Stabilisierungspolitik (1969-1974) in Deutsche Bundesbank, Währung und Wirtschaft in Deutschland, 1876-1975, 1975 S. 659; Geschäftsbericht der Deutschen Bundesbank für das Jahr 1972, S. 44; Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen ..., S. 225 ff.

3) Lipfert, Einführung in die Währungspolitik, S. 69

4) Lipfert, a.a.O. S. 68

6,7 %, stieg dann bis 1968 wieder auf über 14 % und sank Mitte 1970 wieder auf ca. 7 % und im Februar 1973 auf 4,5 % des Einlagevolumens ab [1]. Offensichtlich scheint das Gesetz des BGH sich nicht für das ganze Bankkapital in gleicher Weise durchzusetzen, was bedeutet, daß in Zeiten hoher Liquidität ein Teil der zurückfließenden Kredite als sich selbst nicht verwertendes Kapital die Gewinnrechnung belastet.

Bei einem Liquiditätsüberhang besteht somit für einen Teil des zurückfließenden Geldes überhaupt keine Verwertungsmöglichkeit, so daß der konkrete Verzugsschaden in dieser Phase null ist. Nur im Grenzbereich äußerster Liquiditätsanspannung oder unter der Bedingung, daß alle Außenstände nicht termingerecht zurückgezahlt werden, besteht ein Verzugsschaden in Höhe des Durchschnittsgewinns. Da jedoch ein gewisser gerade im Konsumentenkredit über die Jahre hinweg konstanter Teil an nicht termingerecht zurückgezahlten Krediten in die Kalkulation der Liquiditätshaltung eingeht, kann dieser Zustand nie erreicht werden. Der BGH fällt dem Schein einer Bilanz, die den Gewinn als Verwertung ihres gesamten Kapitals ausweist, ohne anzugeben, in welcher Proportion sich das Kapital verwertet hat, zum Opfer [2] [3]. Da das liquide Geld an jeder Stelle der Kreditnachfra-

---

1) Geschäftsbericht der Deutschen Bundesbank für das Jahr 1972 S. 43/44

2) Zur Verdeutlichung noch einmal ein Beispiel aus dem Bereich der Güter. Wenn ein Mietwagenunternehmen 100 Autos hat, von denen es in einem Monat nur 30 im nächsten Monat 37 ausleihen kann, so erscheint in der Jahresbilanz bei einer durchschnittlichen Ausleihe von 33,5 Wagen das in jedem Auto investierte Kapital zu 33,5 % verwertet. In Wirklichkeit kann es jedoch sein, daß in einem Monat 10 Autos vollkommen stillgestanden haben. Bringt ein Mieter das Auto in einem solchen Monat verspätet zurück, so ändert sich am gesamten Jahresgewinn nichts, d. h. es ist kein Gewinn entgangen i. S. des § 252 BGB.

3) Gerade für Mietwagen hat der BGH (NJW 76, 286) diesen Sachverhalt inzwischen erkannt. Dort heißt es, daß "Nutzungsausfall für ein beschädigtes Kfz nicht fordern kann, wer mindestens über ein zweites derzeit ungenutztes Fahrzeug verfügt, dessen ersatzweiser Einsatz ihm zuzumuten ist." (1. LS) In BGH MDR

Forts. s. S. 447

ge einsetzbar ist und keine Qualitätsunterschiede kennt, ist Nachfrage zu überdurchschnittlichen Bedingungen, zu den Durchschnittsbedingungen und unmittelbar unter den Durchschnittsbedingungen jederzeit befriedigt. Will man wirklich einen abstrakten Prozentsatz für die Berechnung des konkret gangenen Gewinns haben, so müßte dieser weit unter dem Durchschnittsgewinn liegen.

Es läßt sich daher gegen die Annahmen des BGH festhalten, daß die Beschaffung von Geld für die Banken, die heute einschließlich der Teilzahlungsbanken in einem großen Verbund stem vereinigt sind [1], wegen ihrer Giralgeldschöpfungsmögkeit prinzipiell problemlos ist und die Kosten hierfür nichts den Kosten zu tun haben, die der Nicht-Bankensektor zur Gi beschaffung aufwenden muß [2].

Da in der Tat die Geldbeschaffung kein individualisierbares eignis ist, sondern sich nur noch gesellschaftlich vermittelt ist ein konkreter Schaden schwer nachweisbar. Das Gesetz in § 288 BGB auch eine Pauschalierung des Schadensersatze aus entgangenem Gewinn bei Geld zugelassen [3]. Diese Gre von 4 % steht abstrakt nicht zur Disposition der Kreditgebe in ihren AGB, auch wenn man diesen Zinssatz in Anbetrach der höheren Geldmarktzinsen für zu niedrig hält [4]. Ob die

---

3) Forts. von S. 446:
76, 392 wird ausgeführt: "Die Geltendmachung eines Mietau falls für 22 Tage Reparaturzeit wäre deshalb nur dann sachl gerechtfertigt, wenn davon ausgegangen werden müßte, daß Kl. regelmäßig alle verfügbaren Fahrzeuge täglich vermiete könnte ..."
Für Geld gilt dies erst recht, da hier selbst Reservehaltung wegen der Reparaturanfälligkeit entfällt.

1) Vgl. Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen ..., S. 122 ff.

2) Belke JZ 69, 586 (594)

3) v. Maydell, Geldwert und Geldschuld, S. 141, nennt ihn im Anschluß an Larenz und BGH NJW 53, 337 einen "Mindestsc densersatzanspruch", was das Vorverständnis, es müßte dc "mehr" sein, hervorruft.

4) So Roll, Anm. zu BGH NJW 74, 894 in NJW 74, 1281

Zinssatz tatsächlich den konkret entgangenen Gewinn zu niedrig bewertet, ist allerdings fraglich, wenn man die Refinanzierungszinssätze betrachtet [1]. Der durchschnittliche Sparzins zwischen 1961 und 1965 betrug 4,02 % p.a., der Diskontsatz in dieser Zeit im Durchschnitt 4,28 % p.a. und die Verzinsung der Lohn- und Gehaltskonten lag bei 1/2 % [2]. Mag die Bank, so wie es gesetzlich vorgeschrieben ist, die Notwendigkeit und Kosten eines Deckungskredites konkret nachweisen, wenn ihr die gesetzliche Pauschalierung zu niedrig erscheint. Die Gerichte sind jedenfalls nicht dazu berufen, die Geschäftspolitik der Banken gegen die Verbraucher zu betreiben. Wenn eine Anhebung des pauschalierten gesetzlichen Zinssatzes aufgrund eines steigenden allgemeinen Zinsniveaus notwendig ist, so hat der Gesetzgeber § 282 BGB entsprechend zu ändern. § 11 Ziff. 5 AGB-G wird an der Rechtslage wenig ändern. Da sich "trotz der Gefahren, die sie (die Schadenspauschalierungen) für den Verbraucher bergen" die Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz ebenso wie der Gesetzgeber zu einem vollständigen Verbot von Pauschalierungen [3] nicht durchringen konnte, blieb es bei einer Zusammenfassung der beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs [4], die dem Verbraucher einen Teil des Schadensbeweises aufzwingen. Die eigentliche Problematik, wie festgestellt werden kann, ob "die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden ... übersteigt" (§ 11 Ziff. 5 a AGB-G), bleibt ungelöst, womit letztlich in einem Verbraucherschutzgesetz wiederum wie schon 1894 bei der Erwähnung des Eigentumsvorbehaltes im AbzG ein Institut, das entscheidend in die Rechtsstellung der Verbraucher eingreift, sanktioniert wird. Darüber hinaus ist es unverständlich, warum dem

---

1) Ebenso Belke JZ 69, 586 (594)
2) Deutsches Geld- und Bankwesen in Zahlen, 1876-1975, 1976 (Hrsg. Dt. Bundesbank) S. 142
3) Erster Teilbericht März 1974 S. 70
4) BGH NJW 74, 895; MDR 76, 392

Verbraucher nur der Nachweis nicht abgeschnitten werden da
daß "ein Schaden ... wesentlich (!) niedriger als die Pausch
le" (§ 11 Ziff. 5 b AGB-G) sei. Mit dieser Formulierung wi
das Schadensrecht des BGB zu Lasten der Verbraucher aufge
hoben, da nicht nur der Schaden, sondern auch ein "nicht we
sentlich" höherer Betrag als Schadensersatz verlangt werden
darf. Mit "Prozeßökonomie und Kostenersparnis" [1] läßt sich
dies kaum begründen.

Wenn die Gerichte in Zukunft jedoch § 11 Ziff. 5 AGB-G im
Zusammenhang mit dem Verbot der Beweislastumkehr nach
§ 11 Ziff. 15 a AGB-G interpretieren, so könnte der Anwen-
dungsbereich von Schadenspauschalierungen gleichwohl entsch
dend reduziert sein, wenn man den Verwendern von AGB die
Beweislast dafür beläßt, daß ihre Schadenspauschale auch im
konkreten Fall den Schaden richtig wiedergibt.

b) Durchsetzungskostenpauschale

Was die übrigen Verzugsschäden anbetrifft, so ist kein Grun
ersichtlich, warum die Kreditgeber auch hier vom konkreten
Schadensnachweis entlastet werden sollen. Fünf hektographie
te Mahnschreiben, in die lediglich die ausgedruckten Zahlun
differenzen aus der Datenverarbeitungsanlage eingetragen we
den bzw. die diese Anlage selbst produziert, können dabei
kaum Verzugszinsen von 30 % rechtfertigen. Als vollkomme
unbegründet dürfte sich auch der "Unkostenbeitrag in Höhe v
5 % der Forderung, ... neben den anfallenden Barauslagen"
bei gerichtlicher Durchsetzung zusätzlich zu den Gerichts- u
Anwaltskosten erweisen, wenn die Schadensüberprüfung wied

---

1) So die Arbeitsgruppe, a.a.O.
2) Ziff. 6 Noris-Bank Kreditbedingungen; KKB-Kreditbedingung
Ziff. 13: 4 %; WKV-Barkredit-Bedingungen Ziff. 3: 5 %; die
Bestimmung fehlt bei Sparkasse, BHI und Berliner Disconto
Bank.

in die Zuständigkeit der Gerichte zurückgenommen wird.

Ebensowenig ist ersichtlich, warum etwa jede Mahnung 6,- DM und die Fälligstellung des Restdarlehens 15,- DM [1] kosten soll, zumal die Anzahl der Mahnungen allein von der Willkür des Kreditgebers abhängen und als Teil seiner Geschäftsstrategie anzusehen sind. Wenn man das Argument von Scholten über die Höhe der Kosten einer Teilzahlungsbank mit "einigen Tausenden laufender Restanten" und "kostspieligen Mahn- und Rechtsabteilungen" rechnerisch umsetzt, so dürften gerade die danach wöchentlich in die Zig-Tausende gehenden Einnahmen aus Schadenspauschalierungen diese Abteilungen zu einem durchaus gewinnbringenden Zweig des Bankgeschäftes machen. Wenn dies in der Praxis nicht der Fall ist, so liegt das vornehmlich daran, daß bei einigen Debitoren, bei denen - sei es zur Abschreckung, sei es, weil noch Hoffnung auf pfändbares Vermögen bestand - in Mahnungen, Hausbesuchen, fruchtlosen Pfändungen und Gerichtsverfahren Geld investiert werden mußte, Insolvenz eintritt und diese Kosten die Rechtsabteilung der Bank belasten. Für dieses Geschäftsrisiko, das prozentual in der Zinsberechnung bereits berücksichtigt ist, kann jedoch nicht der säumige, aber noch zahlungsfähige Schuldner aufkommen. Nicht er fällt die unternehmerischen Entscheidungen, so daß ihm auch keine Möglichkeit gegeben ist, entsprechende Geschäftsrisiken abzumindern, soweit sie nicht sein eigenes Vertragsverhältnis betreffen. Kosten der Prozeßvorbereitung oder der Abgabe an die Rechtsabteilung sind nach §§ 91, 92 ZPO zu beurteilen. Eine Regelung in den AGB ist gemäß § 9 AGB-G als nichtig anzusehen [2].

Eine gesetzliche Regelung könnte den Wortlaut des § 12 Abs. 1 E-KKG haben, wie er unten (S. 514) vorgeschlagen wird.

---

1) So die BHI, vgl. Projektgruppe Mahnverfahren und Konsumentenkredit, S. 294 Ziff. 6

2) Bachmann, Die Restforderung der Teilzahlungsbank gegen den säumigen Schuldner, NJW 78, 865 (867)

2. Nutzungsentschädigung

Bei der Nutzungsentschädigung und Wertminderung des § 2 A
wird für die Berechnung des "Wertes" für die Überlassung d
Gebrauchs oder der Benutzung entsprechend dem Verständnis
§ 346 S. 2 BGB der Tausch- oder Verkehrswert, der "sich
nach dem Grad der Brauchbarkeit zum entgeltlichen Umsatz
(bestimmt)" [1], als maßgeblich angesehen [2]. Damit wird ei
geschäftliche Nutzung des Kreditnehmers fingiert, der tatsäc
lich regelmäßig nur für sich persönlich unproduktiv verbrauc
gleichwohl jedoch so behandelt wird, als ob er den Gegensta
gewinnbringend mit Hilfe eines kostenträchtigen Betriebes ve
wertet hätte. Der Wortlaut des § 2 AbzG hätte es der Re
sprechung erlaubt, abweichend vom Schadensbegriff des BGB
und § 346 S. 2 BGB stattdessen aus der Sicht des Verbrauch
ein Entgelt für seinen tatsächlichen Nutzen je nach Art der
zung festzulegen und damit unter dem Ersatz des Gebrauchs
oder Benutzungs"wertes" eine "angemessene Entschädigung"
oder wie das Reichsgericht [3] einen "billigen Ausgleich" zu
stehen. Der Bundesgerichtshof hat jedoch stattdessen nicht n
den hypothetischen Verkehrswert der Nutzung in den Mittelpu
gerückt, sondern darüber hinaus diesen Wert auch noch in e
ner Weise berechnet, daß § 2 AbzG zu einer gegenüber den
BGB-Regeln verbraucherbelastenden Vorschrift geworden ist

---

1) OLG Köln NJW 64, 1965

2) Vgl. schon Lazarus, Das Recht des Abzahlungsgeschäftes, S. 92; zur Frage von Gebrauchswert und Tauschwert, der d als Substanz-, Verkehrs- bzw. Vermögenswert bezeichnet i vgl. die Entscheidungen des BGH zum Schadensersatz bei Ge brauchsentziehung bei Kfz BGHZ 56, 214; BGH NJW 68, 177 bei Urlaub BGH NJW 75, 40; bei einem Pelzmantel BGH NJW 75, 733

3) RGZ 138, 28 (32); 147, 344 (350); 169, 140

4) S. a. Raisch, Sind die Rechtsfolgen der Rückabwicklung nac dem Abzahlungsgesetz günstiger als die Rücktrittsregelung c Forts. s. S. 452

Er geht ebenso wie die herrschende Meinung [1] davon aus, daß sich die Nutzungsentschädigung entsprechend einem üblichen Mietzins für die Nutzungszeit berechnet, da das Rückgewährschuldverhältnis der §§ 346 ff. BGB, zu denen § 2 AbzG eine spezialgesetzliche Regelung darstellt [2], eine "wirtschaftliche Ähnlichkeit ... mit dem Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter" [3] aufweise. Diese mietrechtliche Grundlage wird in der Tat auch auf diese wirtschaftliche Ähnlichkeit beschränkt, da hieraus rechtlich keine Anwendung der Vorschriften über Mietverhältnisse wie etwa die Regelung der Instandhaltungskosten (§ 536 BGB), gefolgert werden soll [4]. Dort, wo eine Vermietung der entsprechenden Gegenstände nicht üblich ist, sei es, daß es sich um von ihrer Beschaffenheit her nicht vermietbare Gegenstände handelt, für die eine Vermietung zumindest über lange Zeit hinweg nicht üblich ist [6], erfolgt eine quasi betriebswirtschaftliche Berechnung. Der Richter soll mit Hilfe der freien Beweiswürdigung des § 287 Abs. 1 ZPO die mietweise Verwertung des entsprechenden Gegenstandes für einen gedachten Unternehmer auf einem gedachten Markt mit gedachten Bedingungen simulieren [7]. Dabei sollen folgende Berechnungsfaktoren berücksichtigt werden: 1. Anlagekapitalver

---

4) Forts. von S. 451:
BGB? Festschrift Friedrich Weber 1975 S. 338 ff. (356); J. Blomeyer, Die zeitliche Begrenzung der Gebrauchsvergütung nach § 2 AbzG - Zugleich Bemerkungen zum Verhältnis von § 2 AbzG zu § 346 f. BGB, MDR 68, 6 ff.; König, Konsumentenkredit, S. 74; vgl. auch Ewald, Das geltende Abzahlungsgesetz und seine Reform, 1956, S. 74; w. Nachw. bei Hoerter, Das finanzierte Abzahlungsgeschäft, Fn. 338

1) So schon Lazarus, a.a.O.; Ostler/Weidner AbzG § 2 Anm. 81; BGHZ 19, 330; BGH NJW 66, 446; OLG Frankfurt 69, 1967

2) So KG NJW 69, 1255; "nahe verwandt": OLG Karlsruhe NJW 64, 1802; LG Düsseldorf MDR 58, 239; w. Nachw. bei KG a.a.O. S. 1256

3) BGH NJW 66, 447

4) BGH a.a.O.; nach BGH NJW 72, 581 sollen jetzt aber die Vorschriften über Mietminderung Anwendung finden.

5) BGHZ 19, 330

6) OLG Frankfurt NJW 69, 1967

7) Vgl. BGHZ 19, 330 (334); OLG Frankfurt NJW 69, 1967; Ostler/Weidner AbzG § 2 Anm. 83 ff.

zinsung, 2. Allgemeine Geschäftsunkosten eines gedachten V
mieters [1], 3. Mäßiger Unternehmergewinn, 4. Risikoprämi
unter besonderen Umständen [2]. Der hier zum Betriebswirt
avancierte Richter hat nun entsprechend seinem Vorstellungs
horizont Zahlen und Prozentsätze einzusetzen. Dabei kommt
das OLG Frankfurt [3] etwa dazu, die durchschnittliche Verz
sung von Anlagekapital auf 5 % und mit 6,67 % den Unterne
mergewinn und die Geschäftsunkosten festzusetzen [4]. Ob die
Gewinnspannen und Kapitalverzinsungen nun quasi naturgesetz
lich für alle Fälle des § 2 AbzG gelten sollen, oder ob der
Richter im Einzelfall entsprechend der Konjunktur, der Bran
che, der Größe des Unternehmens, das er als Vergleichsma
stab im Auge hat, neue Sätze finden soll, bleibt im Dunkel.
es schon den Ökonomen unmöglich, aus den Bilanzen noch
glaubhafte Gewinnangaben herauszufiltern [5], wie wenig kann
dann erst ein Richter eine solche Rechnung auf ihren Wahr-
heitsgehalt überprüfen. Rechtssicherheit im Sinne einer Ab-
schätzbarkeit des Ergebnisses der richterlichen Wertung ent
fällt zwangsläufig. Dabei führt diese Konstruktion zu einem
genartigen Ausgleichsgebilde in Vertragsverhältnissen, das w
der aus Schadensersatz- noch aus Bereicherungsgrundsätzen
geleitet werden kann. Geschäftskosten werden hierbei ebenso
wie eine Risikoprämie verlangt, obwohl gerade die Geschäfts
kosten eines Mieters nicht angefallen sind und obwohl sich i
konkreten Fall gerade kein Risiko realisiert hat.

Auf der anderen Seite wird diese Berechnungsart auch nicht
durch Bereicherungsgrundsätze, die beim Verkauf an einen C
schäftsmann, also beim Investitionskredit, solche Forderung
legitimieren könnten (vgl. § 816 Abs. 1 BGB), gerechtfertigt

---

1) Ostler/Weidner, a.a.O. Anm. 83 a
2) S. vorstehende Fn. 1
3) A.a.O.
4) Jeweils bezogen auf den Kaufpreis als "Anlagekapital"; vgl. auch OLG Stuttgart BB 62, 693; OLG München MDR 57, 358
5) Vgl. Fn. 1 S. 442

da Gewinn und Verzinsung vom Konsumenten, der selber keinen Gewinn und Zins im Verbrauch erwirtschaftet, nicht gefordert werden können. Selbst das Erfüllungsinteresse, das nach Auffassung des BGH [1] die obere Grenze des Ersatzanspruches darstellen soll, da der Verkäufer aus dem Rücktritt keinen Nutzen ziehen soll, wird in der Realität überschritten. Dieses Erfüllungsinteresse wird lediglich dahin bestimmt, daß die Summe der Ansprüche "keinesfalls die Höhe des Kaufpreises zuzüglich Zinsen, die ohne den Rücktritt angefallen wären, übersteigen" [2]. Die ursprünglich zu erwartende Leistung besteht jedoch darin, für die Bereitstellung von Kaufkraft für die Laufzeit sowie für die Überlassung der Ware die Gesamtkreditsumme zeitlich abgestuft in Raten zu erhalten. Diese Zeitdimension ist wesentlicher Faktor der Gewinnbestimmung, da gerade im Zins die zeitliche Überlassung als Gegenleistung gewinnbringend genutzt wird. Erhält der Kreditgeber im Zeitpunkt des Verzuges bereits die Gesamtkreditsumme, so erhält er das Erfüllungsinteresse + eine zinsfreie Vorauszahlung + einen Zinsbetrag, dem keine Gegenleistung gegenübersteht. Erhält der Kreditgeber ferner noch den erworbenen Gegenstand, so addiert sich der Verwertungserlös ebenfalls zum Erfüllungsinteresse. Dieser Wertzuwachs fällt bei einem "üblichen Mietzins" nicht auf, da die Rücknahme der Sache selbstverständlich ist. Bei der hypothetischen Mietberechnung wird zwar der Minderwert schon bei der Berechnung berücksichtigt [3], die hierbei angesetzten Werte, wie sie etwa in den verschiedenen bei Ostler/Weidner [4] abgedruckten IHK-, DIHT- und anderen Gutachten aufgeführt sind, berücksichtigen in der Regel jedoch nur den abstrakten Ankaufswert und nicht den Wert der Güter für diese Unternehmen, der etwa durch Verwertung in eigenen Mietzen-

1) NJW 67, 1807; Ostler/Weidner AbzG § 2 Anm. 10 m. w. Nachw.
2) Ostler/Weidner, a.a.O.: sowie Anm. 97 m. w. Nachw.
3) Vgl. OLG Frankfurt NJW 69, 1968
4) AbzG § 2 Anhang II

tren oder Warenpools erheblich höher liegen kann. Verbrauch
interessen finden darin ohnehin keine Berücksichtigung. Eine
solche Berechnung ist bei Investitionskrediten aus dem Gesic
punkt der Bereicherung um den "Nutzen" [1] gerechtfertigt, nic
jedoch im Konsumentenkredit. Die Berechnung nach einem üb
chen oder fiktiven Mietzins subsumiert zunächst die am Ge-
brauchswert der Sache orientierten Interessen des Verbrauch
unter die Zahlungsinteressen des Kreditgebers. Der Verbrau
cher soll nicht den ihm tatsächlich zukommenden Nutzen ers
zen. Vielmehr wird aus der Sicht des Kreditgebers danach g
fragt, welchen "geschäftlichen Nutzen" der Kreditgeber hypot
tisch aus dem "tatsächlichen Nutzen" der Sache durch einen
Dritten, der die Sache gemietet hätte, gezogen haben würde.
Während im Investitionskredit der potentielle Nutzen des Kre
ditnehmers mit dem hypothetischen Nutzen des Kreditgebers
der finanzierten Sache qualitativ gleich ist und sich auf beid
Seiten in einem Geldbetrag ausdrückt, wirkt sich im Konsum
tenkredit die doppelte Funktion von Sachen als Konsumtions-
und Investitionsträger in einem doppelten qualitativ verschied
nen und inkompatiblen Nutzen aus.

Der Nutzen einer Sache für den Verbraucher ist eine subjek
ve Kategorie, deren Wert sich nicht direkt in Geldeinheiten
umsetzt. Der "Wert des Gebrauchs oder der Benutzung" (§
AbzG) ausgedrückt in einer Vergütung (§ 2 AbzG) scheint da
auch nur im Interessenhorizont der Kreditgeber definierbar.
Indirekt läßt sich jedoch auch das Gebrauchswertinteresse fü
einen bestimmten Zeitraum in Geld umrechnen, wenn man di
von ausgeht, daß durch das Einkommen und den Konsumfond
des Verbrauchers pro Monat eine bestimmte Geldmenge als Ä
valent seines persönlichen Verbrauchs gegeben ist. Für ein
langlebiges Konsumgut wird dessen Gebrauchswert daher

---

1) § 816 BGB vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II,
7. Aufl. 1965 § 62 II c) 1, S 379 m. Nachw. der abw. Meinu

in dem kontinuierlichen Prozeß der Einkommenserzielung in Geld vergegenständlicht. Der Gebrauchswert einer Ware für einen bestimmten Zeitraum läßt sich daher aus der Sicht des Verbrauchers dadurch in Geld ausdrücken, daß der Beschaffungspreis im Verhältnis der Gebrauchsdauer zur Gesamt-Verbrauchsdauer herabgesetzt wird. Die viermonatige Nutzung eines Fahrrades, dessen Lebensdauer auf 6 Jahre veranschlagt wird, würde sich daher im Vermögen des Konsumenten durch 5,56 % des Anschaffungspreises ausdrücken lassen, während aus der Sicht der IHK Köln die Überlassungsvergütung nach § 2 AbzG für denselben Zeitraum auf 40 % festgesetzt ist [1].

Die einseitige Berücksichtigung der Interessen der Kreditgeber kann daher nicht aus einem objektiven Nutzenbegriff abgeleitet werden.

Neben dieser prinzipiellen Einseitigkeit trifft die Rechtsprechung aber selbst unter der Prämisse, daß das Gesetz nur eine Interpretation des Nutzens als geschäftlichen Nutzen zuließe, nicht den Markt- oder Verkehrswert des Nutzens, sondern zugunsten der Kreditgeber einen Wert, der erheblich höher liegt. Der "Wert der Nutzung" als Verkehrswert ergibt sich nämlich nur als ein Marktpreis, der einen Markt tatsächlich voraussetzt. Es ist unmöglich, hypothetisch Preise für Waren festzusetzen für einen Zeitraum, in dem sie nicht angeboten werden konnten und sollten, da der Preis wesentlich durch Angebot und Nachfrage bestimmt wird. Die finanzierten Güter aber sollten und konnten mietweise niemals angeboten werden, und hierfür gab es auch keine Nachfrage auf dem Konsumgütermarkt [2], da die Entscheidung des Konsumenten zur Anmietung eines Gegenstandes unter ganz anderen Bedingungen als die Kaufentscheidung zustande kommt.

---

1) Vgl. Ostler/Weidner, AbzG § 2 Anhang III 4.
2) Ebenso Ewald, Das geltende Abzahlungsgesetz und seine Reform, S. 68/69

Der Vorteil der Miete im produktiven Bereich, die bei kurzfristigen Schwankungen in der Nachfrage flexible Reaktionen auf der Kostenseite zuläßt, ist für den Verbraucher relativ irrelevant, da seine Bedürfnisse weitgehend konjunkturunabhängig und stetig sind.

Der Eigentumserwerb als die andere Rechtsform der individuellen Konsumtion hat für ihn bei beweglichen Sachen zunächst den Vorteil, weitgehend unreglementiert konsumieren zu können. Darüber hinaus ist er bei stetigem Konsum kostengünstiger, da die Ausfallzeiten des Vermieters nicht mitbezahlt zu werden brauchen. Gerade bei dem im Konsumentenkredit besonders relevanten Erwerb von Kraftfahrzeugen wird deutlich, daß für längeren Konsum die Kosten der Miete noch keine reale Alternative zum Kauf geben.

Für die Nutzungsmöglichkeit eines VW 1303 für 2 Jahre ab 1975 (inzwischen wird dieser Typ nicht mehr hergestellt) waren nach der Aufstellung des ADAC [1] incl. Abschreibung, Kreditaufnahme unter Anrechnung des Wiederverkaufspreises 7442, - DM [2] aufzubringen.

Ein entsprechender Wagen kostete 1975 pro Monat bei 2800 km 888, - DM Mietgebühr [3], so daß sich hieraus eine Gesamtaufwendung von 21 312, - DM Kosten für zwei Jahre errechnet. Zieht man hiervon wegen der Länge der Zeit 50 % als Rabatt ab, so wäre der Eigentumserwerb immerhin noch um 3046, - DM billiger [4]. Unter diesen Umständen besteht für die mietweise Ver-

---

1) ADAC motorwelt, Juni 1975 Nr. 6 S. 28

2) Pro Jahr: Grundabschreibung 1361, 90 DM; Kredit 567, 05 DM; Steuer 192, 80 DM; Versicherung 483, 10 DM; Teilkasko-Versicherung 39, 80 DM; Garagenmiete 480, - DM; Waschen/Pflege 300, - DM + Nebenausgaben

3) Auskunft der Firma Karolewicz in Berlin im Juni 1975

4) Das Argument der Rechtsprechung, mit der sie sich bei Neuanschaffungen dieser Berechnung entzieht, nämlich, daß neue

Forts. s. S. 458

wertung von Kfz (wie im Prinzip für alle hochwertigen Verbrauchsgüter) nur eine geringe Nachfrage bei den Konsumenten, die durch die bestehenden Mietangebote abgedeckt ist, so daß der Kreditgeber gar nicht die Möglichkeit gehabt hätte, den sicherungsübereigneten oder unter Eigentumsvorbehalt stehenden Wagen mietweise zu verwerten. Wo keine Nachfrage nach einer Ware zu einem bestimmten Preis in einer bestimmten Konsumart besteht, wird der Marktwert dieser Ware durch diesen Preis eben nicht real wiedergegeben.

Selbst wenn man aber eine Vermietung unterstellen würde, so wäre eine in dieser Weise berechnete Nutzungsentschädigung nicht gerechtfertigt.

Der hohe Preis der mietweisen Überlassung ist nämlich nicht in einer höheren geschäftlichen Nutzungs-, d. h. Gewinnchance begründet [1]. Die Preisdifferenz liegt vielmehr in der unterschiedlichen Kostenstruktur beider Absatzarten begründet. Die mietweise Überlassung von Gegenständen erfordert wesentlich höhere Absatzkosten als der Verkauf. Zum einen sind die Lagerkosten höher, da der Verkäufer bei Nachfragerückgang sein Lager abbauen kann, indem er seinerseits seine Wareneinkäufe einschränkt, während der Vermieter seinen Warenbestand nicht so leicht ohne Verluste reduzieren kann. Zum anderen muß das Lager des Vermieters größer sein als das des Verkäufers, da durch Überschneidungen in der Nachfrage die Gewinnchancen vor allem darin liegen, kurzfristige Nachfrageschübe be-

---

4) Forts. von S. 457:
Güter nicht vermietet werden, stimmt zumindest nicht für das Kfz-Leasing, da diese Firmen die Wagen auch neu erwerben und sie zumindest dem ersten Kunden als Neuwagen vermieten, vgl. OLG Frankfurt NJW 69, 1968

1) Der Gewinn differiert schon deshalb nicht in dem Ausmaß, wie diese Konsumtionsart teurer ist als der Verkauf auf Kredit, weil durch die Konkurrenz der Kapitale, die jeweils in den lukrativsten Geschäftssparten angelegt werden, der Gewinn sich in allen Bereichen jeweils dem Durchschnittsgewinn annähert. Vgl. Marx, Das Kapital Bd. III MEW 25, 182 ff.; Ott, Preistheorie, Kompendium der Volkswirtschaftslehre Bd. 1 S. 171 ff.

friedigen zu können, auch wenn bei ihnen im Unterschied zum Verkauf nicht jeweils die gesamte Lebensdauer des vermieteten Konsumgutes gewinnbringend genutzt werden kann. Ferner ist bei der Vermietung die Anzahl der Kunden pro Konsumgut gegenüber dem Verkauf wesentlich höher, was einen höheren Personal- wie auch einen höheren Werbungsaufwand pro Konsumgut erfordert, sowie das Risiko der Zahlungsunfähigkeit der Kunden prozentual zum Umsatz erhöht. Schließlich hat der Vermieter eine ständige Wartung für die in der Regel nicht pfleglich wie bei persönlichem Eigentum behandelten Güter zu zahlen und trägt die Risiken von versteckten Beschädigungen, die einzelnen Mietern nicht einwandfrei zurechenbar sind.

Eine Berechnung nach Mietgrundsätzen wird auch nach h. L. dann abgelehnt, wenn es sich um die Nutzungsentschädigung von Sachen wie Lebensmitteln, Brennmaterial etc. (nicht aber Kleidung, Bettwäsche etc.) handelt, die aufgrund ihres vollständigen Verbrauchs eine Wertminderung auf Null erfahren. Hier wird als Nutzungsentschädigung für den gesamten Verbrauch einer Sache der Verkaufspreis einschließlich der Verzinsung gefordert [1], da die Fiktion eines gedachten Mietzinses für Lebensmittel wohl zu offensichtlich herausfordert. Damit wird aber gleichzeitig die herrschende Lösung bei anderen Gütern mit dem Gebot rechtlicher Gleichbehandlung unvereinbar, da kein sachlicher Grund besteht, etwa ein zu 100 % entwertetes Möbelstück anders zu behandeln als einen zu 100 % vernichteten Brennstoff, um dem Kreditgeber nur im letzteren Fall eine zusätzliche Gewinnchance einzuräumen.

In Anbetracht der extensiven Interpretation der Nutzungsentschädigung in § 2 AbzG durch die Rechtsprechung und herrschende Lehre ist es erstaunlich, daß der Gesetzgeber mit

---

1) Ostler/Weidner AbzG § 2 Anm. 75

der Einführung des Widerrufsrechtes und einer explizit verbraucherorientierten Reform wiederum den Ersatz des Wertes des "Gebrauchs oder der Benutzung" dem Verbraucher auferlegt. Allerdings könnte man in dem Anrechnungsverbot für die normale Wertminderung einen Hinweis für die hier geübte Interpretation sehen.

Für diese vieldiskutierte Problematik der Nutzungsentschädigung gibt es verschiedene Lösungsvorschläge. Während der CDU/FDP-Entwurf vom 24. 1. 1964 [1] ohne inhaltliche Änderung lediglich die formell freie Beweiswürdigung des § 287 Abs. 1 ZPO entsprechend für anwendbar erklärte, griff der SPD-Entwurf vom 5. 2. 1964 [2] den Vorschlag von Ewald [3] auf, wonach neben der Erstattung etwaiger Reparaturkosten sowie bestimmter anderer Auslagen eine Nutzungsentschädigung nur bezüglich der Wertminderung in einem Prozentsatz vom Barzahlungspreis entsprechend der verstrichenen Zeit zu berechnen ist. Durch Rechtsverordnung sollten nach diesen Vorschlägen für einzelne Warengruppen generelle Wertminderungssätze festgelegt werden können. Die Gesamtsumme sollte 90 % des Barzahlungspreises nicht übersteigen. Solche staatlich festgelegten Wertminderungssätze hatte bereits das Reichsgericht [4] gefordert.

König [5] schlägt eine Regelung entsprechend dem Uniform Consumer Credit Code der USA vor [6], wonach bei Ratenkäufen mit einem Barpreis unter einer bestimmten Summe (dort $ 1000) der Kreditgeber bei Rücknahme des finanzierten Gegenstandes keine weiteren Forderungen erheben kann, einen etwaigen Mehrerlös bei der Verwertung erstatten muß, seinerseits jedoch das Risiko des Mindererlöses trägt.

---

1) BT-Drucks. IV/1864
2) BT-Drucks. IV/1895
3) Das geltende Abzahlungsrecht und seine Reform, S. 72 ff.
4) JW 33, 907; ebenso Ostler/Weidner, AbzG § 2 Anm. 80
5) Konsumentenkredit S. 74
6) § 5.103

Der Entwurf einer EG-Richtlinie sieht in Art. 12 Variante
eine Entschädigung ("angemessener Betrag") für den Gebra
der Sache "sowie für eine etwaige Wertminderung" vor. Di
Variante B der dänischen Experten fügt den bezeichnenden
ein, daß der Ausgleich herbeigeführt werden soll, "um sich
stellen, daß die Rücknahme nicht zu einer unberechtigten B
cherung des Kreditgebers auf Kosten des Kreditnehmers fü
Danach soll eine alternative Berechnung zugelassen werden,
nach entsprechend der US-amerikanischen Lösung der Wert
Sache "gegen jede Forderung des Kreditgebers auf Zahlung de
Restbetrages" und der notwendigen Kosten für die Rücknahme
geschrieben wird.
Der englische Consumer Credit Act 1974 [1], der die Rückn
me des Sicherungsgutes bzw. des vermieteten Gutes außero
dentlich einschränkt, bestimmt nur, daß der Schadensersatz
das Erfüllungsinteresse nicht übersteigen darf. Diese Begre
zung ist gleichzeitig auch der kleinste gemeinsame Nenner
aller Gesetzentwürfe, Vorschläge sowie der Rechtsprechung
des BGH. Außer der deutschen Rechtsprechung sind sich ab
ferner alle aus- und inländischen Vorschläge und Gesetze d
in einig, daß Mietgrundsätze für die Berechnung der Nutzun
entschädigung nicht in Frage kommen. Was in der Form de
Kaufs, d. h. mit dem Ziel des zumindest überwiegenden V
brauchs, erworben wurde, soll nicht durch eine
Fiktion zur Miete gemacht werden.

Der Vorschlag, durch Rechtsverordnung Wertminderungssät
festzulegen und nur danach den Schadensersatz für die Vore
haltung der Sache zu berechnen, verlagert die Problematik
von den Gerichten auf die Exekutive. Wer hier den größten
Einfluß geltend machen kann, wird auch die für ihn günstige
Sätze erreichen, und dies wird im Zweifel nicht der Verbra
cher sein. Außerdem wird sich in dieser Konstruktion die I

1) Vgl. Goode, The Consumer Credit Act 1974, The Cambridg
Law Journal 1975, S. 109

rechnung der Wertminderung nicht am Gebrauchswert, sondern am Marktpreisverlust der Ware orientieren. Damit wird der Schadensersatz des Verbrauchers aber der Willkür des Marktes unterworfen, da es für eine Ware wie z. B. den Pkw einen relativ funktionierenden Gebrauchtwarenmarkt gibt, während z. B. bei Fernsehapparaten und Haushaltsgeräten ein solcher Markt kaum existiert und damit der Marktpreisverlust schon in der Sekunde nach dem Ersterwerb nahe 100 % liegt. Für den Verbraucher hat sich dadurch jedoch keine höhere Nutzungsmöglichkeit ergeben, die diese unterschiedliche Höhe des Ersatzes der Wertminderung für ihn rechtfertigen könnte [1] Die Lösung mit Wertminderungssätzen hat ferner den Nachteil, daß die verschiedene Intensität der Abnutzung, die vor allem bei Pkw, aber auch bei Waschmaschinen eine Rolle spielt, unberücksichtigt bleibt. Die amerikanische Lösung schließlich hat den Nachteil, daß zwar eine Obergrenze für den Schadensersatz durch den konkreten Verwertungserlös gesetzt ist, ungelöst bleibt jedoch, wie der Betrag zu berechnen ist, der u. U vom Verwertungserlös zurückzuerstatten ist, wenn die gezahlten Raten plus Verwertungserlös über den geschuldeten Ersatz hinausgehen.

Die gesetzliche Lösung dieses Problems, bei dem die einander widersprechenden Gebrauchswertinteressen der Verbraucher mit den Verwertungsinteressen der Kreditgeber in einem Schadensbegriff verschmolzen werden müssen, hat von folgenden Grundsätzen auszugehen:

1. Die Lösung hat ihre Wurzel dort, wo es um die Entscheidung geht, ob überhaupt die Wegnahme eines zum überwie-

---

1) Der Unterschied zwischen beiden Wertberechnungsmöglichkeiten läßt sich auch durch die Differenz darstellen, die sich zwischen dem Preis ergibt, den der Vorbenutzer, der die Ware und ihren Gebrauchswert kennt, und die ein Dritter, der das Risiko ihrer übermäßigen Abnutzung mitkauft, zahlen würden.

genden Verbrauch erworbenen Gegenstandes zugelassen w
den soll. Die hierzu gemachten Einschränkungen (dazu s.
durch die Sphärentheorie, Treu und Glauben sowie die P.
dungsschutzvorschriften sind die eigentlichen Lösungsans

2. Ist eine Rücknahme ausnahmsweise gestattet, so ist zu b
rücksichtigen, daß der Nutzungswert des Gegenstandes si
für den Verbraucher im Prinzip finanziell nicht ausdrück
läßt und sich Anhaltspunkte für eine Berechnung seiner N
zung in Geld nur aus einer linearen Abschreibung des Ka
preises auf die Lebensdauer des Konsumgutes ergeben kö
nen.

3. Da der Marktpreisverlust gerade daher rührt, daß der G
genstand gebraucht wurde, spiegelt sich in ihm der mark
preismäßige Nutzungswert wider, wie er speziell für zu
fende Gegenstände sich entwickelt. Neben dem Marktprei
verlust ist daher kein Raum mehr für andere fiktive Nut-
zungswerte, da Miete und Kauf echte Alternativen sind u
mit der Erwerbsentscheidung bei Kreditaufnahme eine be
stimmte Alternative unwiderruflich für den Verbraucher
damit auch für den Kreditgeber und Veräußerer gewählt w
de.

4. Entsprechend dem Ziel, die Rücknahme des Sicherungsgu
als volkswirtschaftlich sinnlosem und individuell stark be
stenden Akt nur in Ausnahmefällen zuzulassen, darf sich
aus der Berechnungsart kein besonderer Anreiz zur Rück
nahme ergeben.

Da nach den unten[1)] festgelegten Beschränkungen die Versch
derung oder die wirtschaftlich sinnlose Wegnahme ausgeschl
sen ist, sollte bei Rücktritt allein die Wertminderung, die a

1) S. 468 ff.

einer Kombination der Kreditgeber- und Kreditnehmerinteressen zu berechnen ist, ausschlaggebend sein, ohne daß dabei Richtsätze festgelegt werden sollten. Als Obergrenze sollte dabei jedoch der tatsächliche Verwertungserlös dienen. Zum Wortlaut des Gesetzesvorschlags vgl. § 13 Abs. 4 E-KKG unten S. 515

Folgende Formel kann für die Berechnung verwandt werden:

Ersatzforderung = Neupreis - $\frac{1}{2}$ (Marktpreis der gebrauchten Sache + $\frac{\text{Gebrauchszeit}}{\text{vor. Verbrauchszeit}}$. Neupreis) + Auslagen - (Verwertungserlös + gezahlte Raten)

IV Wegnahme des Sicherungsgutes

1. Tatsächliche Problematik

Die Sicherung der Kreditrückzahlung durch den Vorbehalt des Eigentums oder durch Sicherungsübereignung des erworbenen Gutes hat im Zuge des Übergangs von den Sach- zu den Personalsicherheiten wesentlich an Bedeutung eingebüßt [1]. Der große Unterschied, der zwischen dem Verkaufswert einer neuen und einer gebrauchten Sache besteht, führt oft dazu, daß nicht einmal der Aufwand der Verwertung durch den Verwertungserlös gedeckt wird. Zum Teil hilft man sich damit, daß nicht mehr der verkaufte, einer starken Verkaufswertminderung unterliegende Gegenstand zur Sicherung übereignet wird, sondern an seiner Stelle ein anderes, höherwertiges, u. U. aber auch unentbehrlicheres Gut aus dem Haushalt des

1) Fincke, Vertrauen in die wirtschaftliche Vernunft des Konsumenten, Festschrift Kaminsky, 1969, S. 142 ff. (143); Moschetto/Plagnol, Le crédit à la consommation, S. 24; Auskunft der KKB nach PG Konsumentenkredit und Mahnverfahren, S. 169

Sicherungsgebers in das Sicherungseigentum des Kreditgebers übergeht. Dadurch soll faktisch ein vorweggenommener Verzicht auf Pfändungsschutz erreicht werden (§§ 811, 813a ZP Im US-amerikanischen Recht sind diese Sicherungen verboten [1]. Die eigentliche Funktion der Sicherungsübereignung s wie des Eigentumsvorbehalts zielt daher in abnehmendem Ma ße auf die wirtschaftliche Sicherstellung der Rückzahlungsfor derungen aus der Verwertung des Sicherungsgutes selber, so dern ihr Zweck liegt immer mehr darin, als Druckmittel ge genüber dem Konsumenten zur Verfügung zu stehen. Da Sich rungsübereignungen, abgesehen von der Kraftfahrzeugfinanzie rung, von denjenigen verlangt werden, deren laufendes Einkommen sowie das Einkommen ihrer Bürgen keine ausreiche de Sicherheit des Kredites gewährleistet, betrifft die Sicherungsübereignung heute vorwiegend die unteren Einkommensschichten, die sich auch für den Haushalt unentbehrliche Gegenstände auf Kredit kaufen müssen. Stellt nun eine Familie, die sich eine Waschmaschine auf Ratenzahlung - sei es durch ein Anschaffungsdarlehen mit Sicherungsübereignung, durch einen finanzierten Abzahlungskauf mit nachfolgender Sicherungsübereignung oder durch einfachen Abzahlungskauf unter Eigentumsvorbehalt - gekauft hat, nach einjähriger Gebrauchsdauer die Ratenzahlungen ein, so ist sie damit bedroht, daß der Sicherungsnehmer ihr diese Waschmaschine wegnimmt. Je nach der Anzahl und dem Alter der zu versorgenden Kinder kann die Waschmaschine inzwischen zu einem unentbehrlichen Bestandteil des Haushalts geworden sein. Ist durch die Waschmaschine im Zusammenhang mit anderen Vorkehrungen wie Kindergartenunterbringung und Kantinenessen die Arbeitskraft der Frau in der Weise im Haushalt entlastet worden, daß sie eine Berufstätigkeit neben ihrer Haushaltstätigkeit ausführen kann, so wird diese durch die Wegnahme der Waschmaschine wieder in Frage gestellt. Weicht

---

1) §§ 2407-2409 UCCC; nach König, Konsumentenkredit, S. 49

sie dieser Situation dadurch aus, daß sie die Wäsche zu einer Wäscherei gibt, fallen erhebliche Mehrkosten an, die den zahlungsunfähigen Haushalt in der wirtschaftlichen Krise weiter belasten. Bei der Wegnahme eines sicherungsübereigneten Autos können diese Folgen noch wesentlich drastischer in Erscheinung treten, wenn etwa bei Wohnungen in Satellitenstädten das Auto quasi Voraussetzung der Arbeit zumindest eines der Ehepartner ist. Die Gegenleistung, die dem Konsumenten aus der Wegnahme des Konsumgutes erbracht wird, steht dabei zu den Entbehrungen und Schäden oftmals in keinem Verhältnis.

In Anbetracht der materiellen und psychologischen Auswirkungen der Entbehrung des vertrauten Konsumgutes kann abgeschätzt werden, welcher Druck durch die Wegnahmedrohung auf dem Konsumenten lastet. Der beim Kreditgeber anfallende Reinerlös zwischen 20 % und 40 % des Barpreises nach einem Jahr des Gebrauchs, der nach längerer Gebrauchsdauer bis auf nahezu 0 % sinken kann, steht in keinem Verhältnis zu dem gesellschaftlichen Schaden, der hierdurch angerichtet wurde [1]. Diese Art der Sicherung verdankt daher ihre Relevanz vornehmlich ihrer Abschreckungswirkung. Dies geht auch daraus hervor, daß sich die meisten Banken bei den Anschaffungsdarlehen, die nicht dem Abzahlungsgesetz unterfallen, das Recht vorbehalten, im Falle der Fälligkeit den Sicherungsgegenstand nicht nur zum Zwecke der Verwertung, sondern auch mit dem Zweck zurückzunehmen, den Gegenstand lediglich durch Dritte auf Kosten des Kreditnehmers verwahren zu lassen, bis die Schuld beglichen ist [2].

---

1) Ebenso König, Konsumentenkredit, S. 66; Nathan, Teilzahlungskauf und Rechtspositivismus, NJ 60, 335

2) Ziff. 11 der Formularbedingungen des Sicherungsübereignungsvertrages der BHI in Projektgruppe Mahnverfahren und Konsumentenkredit, S. 298; weitergehend noch die Sparkasse der Stadt Berlin (West), die sich das Recht vorbehält, vor-

Forts. siehe S. 467

2. Die zivilrechtliche Lösung

Im Zivilrecht ist der Gegensatz zwischen Gebrauchswert- und Gewinninteressen kaum repräsentiert. Nach den Regeln des BGB kann im freien Kredit der Kreditgeber bei Zahlungsverzug als Eigentümer entsprechend der Sicherungsabrede [1] den betreffenden Gegenstand dem Verbraucher wegnehmen, ihn verwerten und mit dem Erlös die Darlehensschuld begleichen. Der Gegenstand ist dem Sicherungsnehmer rechtlich zur allumfassenden Herrschaftsgewalt zugeordnet. Wirtschaftlich bedeutet dies, daß die eine Funktion der Sache, nämlich Träger eines bestimmten, in Geld ausdrückbaren Wertes (Tauschwert) zu sein, gegenüber der anderen Funktion, Mittel des persönlichen Verbrauchs zu sein, den absoluten Vorrang genießt.

Dem entsprechen auch die Regeln über den Schadensersatz, bei denen das Eigentum in der Regel nur als Tauschwert geschützt und sein Ersatz entsprechend geregelt ist.

Der Schutz des Gebrauchswertes und damit der Interessen des Verbrauchers an einer Sache ist im Zivilrecht die Aus-

---

2) Forts. von S. 466:
aussetzungslos jederzeit die Sache in Besitz zu nehmen, zu verwerten; demgegenüber bestimmt die WKV GmbH in Ziff. 6 ihrer Bedingungen, daß die Rücknahme erst 3 Monate nach Zahlungsverzug, und zwar ausschließlich zum Zweck der Verwertung erfolgt, wobei allerdings dieses Formular wohl kaum für "freie" Kredite benutzt wird - vgl. Hoerter, Der finanzierte Abzahlungskauf, Anhang 9 b; vgl. im einzelnen Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 228 ff.

1) Fehlt eine entsprechende Klausel im Sicherungsvertrag, so ergibt sich ein Rücknahmerecht nicht allein aus dem Umstand des Zahlungsverzugs, sondern nur unter den Voraussetzungen des § 326 oder § 455 BGB; so neuerdings BGH NJW 70, 1733; gegen RGZ 67, 383 (386); BGH NJW 61, 1011

nahme geblieben. Die §§ 459 ff. BGB schützen den Gebrauchswert nur als das Vertrauen auf vertragliche Abreden. Allein §§ 4 Abs. 2 i. V. mit 5 AbzG sowie die §§ 554, 556 a ff. BGB bilden eine Ausnahme im materiellen Recht, während im Pfändungsschutz der §§ 811 ff. ZPO diese im materiellen Recht ignorierte Funktion stärker zur Geltung kommt.

Diese Rechte konnten jedoch im Konsumentenkredit faktisch beiseite geschoben werden. Da der Eigentümer nach § 985 BGB seine Sache herausverlangen kann, waren die Kreditgeber nicht mehr auf die Pfändung angewiesen, nachdem sie den Eigentumsvorbehalt und die Sicherungsübereignung in der Rechtsprechung durchgesetzt hatten [1]. Für Serick [2] hat "die Gemeinschaft - das Volk, die Gerichte und die Wissenschaft - die Sicherungsübertragung ausgestaltet; ... "Gegen alle rechtsdogmatischen Bedenken [3] sollen auch "diejenigen Formen der Sicherungsübereignung gültig sein, die im Widerspruch zum Gesetz stehen können", da "die so gebildeten Rechtsregeln ... gleichmäßig angewendet und mit Rechtsgeltungswillen ausgeübt" werden. Da hierdurch der Pfändungsschutz nach einhelliger Meinung ausgeschlossen ist [4] und damit die Gebrauchswertinteressen des "Volkes" gerade verletzt wurden, ist dieses Gewohnheitsrecht allerdings mehr ein Beweis dafür, wie wenige Interessenvertreter "das Volk" in Rechtsprechung und Wissenschaft hatte.

An diesem Rechtsverlust hat auch die Neuschöpfung des Anwartschaftsrechts [5] durch die Rechtsprechung als "quasi-

---

1) Vgl. dazu oben S. 135
2) Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I Der einfache Eigentumsvorbehalt, S. 2
3) Z. B. Hellwig, RuW 1 (1912) S. 25 ff., 62 ff., 84 ff.; Blomeyer, Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb, AcP 153, 239 (251)
4) Serick, a.a.O. S. 323; Zöller, ZPO, § 811 Anm. 1
5) Ernst Wolf, Lehrbuch des Sachenrechts, § 7 C S. 185 ff., lehnt ein solches Recht als dem BGB fremd ab; ebenso Blomeyer, a.a.O.

dinglichem Recht" [1] nichts geändert, da dieses Recht allei
wiederum Geschäftsinteressen [2] berücksichtigt, nämlich ei
mal die Interessen der Gläubiger des Anwartschaftsberechti
ten, z. B. zugunsten des Vermieterpfandrechts [3], zum an
ren aber geschäftliche Interessen an einer Weiterveräuße-
rung [4] des Sicherungsgutes. Zwar soll das Anwartschafts-
recht ein "sonstiges Recht" i. S. des § 823 Abs. 1 BGB
sein [5]. Den Verbrauch durch den Sicherungsgeber hat die
Rechtsprechung jedoch nicht durch ein Recht zum Besitz ge-
genüber jedermann garantiert [6].

Der wirtschaftlichen Derogation von Verbraucherrechten kan
hier nicht begriffsjuristisch, sondern nur durch eine soziale
Interpretation der Funktion des Anwartschaftsrechtes für de
Verbraucher begegnet werden. Im Gegensatz zur Auffassung
von Müller-Laube [7], der die gebrauchswert- und arbeits-
orientierten Vorschriften im Zivilrecht als Ausnahmeerschei-
nungen kooperationsrechtlicher Verhältnisse beiseiteschieben
will, sind die Prinzipien der wenigen konsumorientierten
Vorschriften herauszuarbeiten und für die Behandlung des An
wartschaftsrechtes im Konsumentenkredit fruchtbar zu mach

L. Raiser hat Anfang der 50er Jahre [8] mehrfach darauf hi
gewiesen, daß das Eigentum in Art. 14, 15, 20 GG in sein
doppelten Funktion gesehen wird, und zwar einmal als Mitte
zur Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse der Menschen

1) BGHZ 28, 16 (21); 34, 122 (125); 30, 374 (376); WM 59, 52 (53); 813 (816)
2) Vgl. BGH NJW 70, 1733 (1735)
3) BGHZ 35, 85 (88 ff.), ebenso die h. M.; vgl. Serick, a.a.O. S. 280 ff. m. w. Nachw.
4) BGHZ 35, 85 (87); 20, 88 (101)
5) BGH WM 57, 514 (515)
6) BGHZ 10, 69 (72, 75) im Schrifttum str. dazu die Nachw. be Serick, a.a.O. Fn. 121 und 122. Für die Beschädigung der Vorbehaltssache ist wiederum umstritten, ob der Sicherungsgeber einen Anspruch aus unerlaubter Handlung gegen den Dritten geltend machen kann. (Zum Meinungsstand vgl. Serick, a.a.O., S. 277 Fn. 137 ff.).
7) und 8) siehe S. 470

(Konsumtions- oder persönliches Eigentum), und zum anderen als Mittel zur Gewinnerzielung (Investitionseigentum, Produktivvermögen oder Kapital). Diese doppelte Funktionsbestimmung [1] war auf der Staatsrechtslehrertagung 1951 noch als Alternative zur heute herrschenden Theorie eines undifferenzierten Eigentumsschutzes, der die im Recht unterdrückte Konsumfunktion des Eigentums nur noch als wohlfahrtsstaatliche Fürsorge zur Geltung kommen läßt, sichtbar [2].

Sieht man im Zusammenhang der Art. 14, 15, 74 Ziff. 18 GG mit dem Prinzip des "demokratischen und sozialen Rechtsstaates" in Art. 20 GG, daß die komsumtive Funktion staatsrechtlich entscheidend an Bedeutung gewonnen hat, so muß auch das Zivilrecht diese Konsumfunktion als gleichwertige Grundlage neben dem im BGB fast ausschließlich geschützten Produktivvermögen anerkennen. Die zitierten Vorschriften zum Schutz der Konsumtion im Wohnungsmietrecht, Abzahlungsgesetz und im Pfändungsschutz der Zivilprozeßordnung sind insgesamt als materieller Ausdruck des "Konsumtionsrechtes" des Bürgers aufzufassen. Daß dabei die zivilrechtliche Form des Eigentums als Anhaltspunkt für "Verbraucherschutz" nicht ausreicht, ergibt sich schon aus der historischen Entwicklung des Eigentums.

Der Gesetzgeber des BGB und der ZPO hatte im Eigentum des § 903 BGB noch den typischen Ausdruck für Produktivkapital und Konsummöglichkeit gesehen. Durch die Entwicklung zur Aktiengesellschaft, GmbH, KG und zu Treuhand-

---

7) von S. 469:
Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft, S. 46, für die Vorschriften des Arbeits- und Mietrechts

8) Vgl. AöR 78 (1952), S. 118; VVdStRL 10 S. 158 f.; jetzt erneut in ders., Funktionsteilung des Eigentums

1) Dazu Hartwich, Sozialstaatspostulat und status quo, S. 330 f.; Simon in Handlexikon zur Rechtswissenschaft (Hrsg. Görlitz) 1, "Eigentum" S. 72 Ziff. 2 a

2) Hartwich, a.a.O.; vgl. auch die Berichte in VVdStRL 10

und Holdingformen wurde deutlich, daß der Schutz des Produk
vermögens mit dem Eigentumsbegriff des BGB nicht mehr
währleistet war. So schützt Art. 14 GG nach ganz herrsch
der Meinung als "Eigentum" das gesamte Vermögen, gleich
gültig in welcher Rechtsform es dem einzelnen zugeordnet
Der zivilrechtliche Schutz ist in gleicher Weise den wirt-
schaftlichen Wandlungen angepaßt worden, indem zum einer
das Sicherungseigentum und Anwartschaftsrecht als dinglich
bzw. quasi-dingliche Rechte geschaffen wurden, insbesonde
aber den absoluten Rechten i. S. des § 823 Abs. 1 BGB d
"Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" [1]
durch eine funktionale Interpretation [2] hinzugefügt wurde [3]

Ebenso wie der Schutz des Produktivvermögens dem Form-
wandel in der Wirtschaft angeglichen wurde, muß auch der
Schutz der Konsummöglichkeiten den veränderten Erscheinu
gen des persönlichen Verbrauchs im Recht angeglichen wer
den. Dabei ergibt sich, daß sich die soziale Funktion und i
Schutz nicht am einzelnen Recht, sondern nur an den zu-
grunde liegenden materiellen Verhältnissen, d. h. an be-
stimmten Handlungen, festmachen läßt. Die entsprechenden
Rechte sind immer nur Ausdruck der staatlichen Anerken-
nung und des staatlichen Schutzes einer bestimmten sozialen
Funktion. Ebenso wie das Miet recht keine soziale Funk-

1) BGHZ 29, 65 (67 ff.)
2) "sozialtypische Offenkundigkeit", Fabricius, Zur Dogmatik
des 'sonstigen Rechts', AcP 160 (1961), 273 (294)
3) Ausführlich dazu v. Caemmerer, Wandlungen des Deliktsrechts, in Gesammelte Schriften (Hrsg. Leser), Tübingen 1968, S. 452 (492 ff.); ders., Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, a.a.O. S. 554 (565); da das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auf das "Recht jedermanns zu freier gewerblicher Betätigung" zurückgeht (v. Caemmerer, Wandlungen, a.a.O. S. 492/3), wäre es auch nach einer formalen Doktrin der Gleichstellung zwischen Individuum und Unternehmen konsequent, ein "Recht auf persönlichen Verbrauch von Gütern und Dienstleistungen als absolutes Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB anzuerkennen. Meines Wissens ist diese Konsequenz bisher nicht gezo gen worden.

tion hat, sondern die gemietete Wohnung selber dem persönlichen Wohlbefinden dient, ermöglicht nicht das Eigentum den Konsum einer Sache, sondern die Sache selber erfüllt diese Funktion, die das Eigentumsrecht lediglich schützen soll.

Wenn daher die Konsumfunktion in anderen Rechtsformen wahrgenommen wird, so darf dadurch nicht das Konsumrecht verlorengehen.

Am sichtbarsten ist die doppelte Funktion von Sachherrschaftsrechten im Bereich des individuellen Verbrauches bei der Wohnungsmiete hervorgetreten. Das Wohnrecht des Verbrauchers verliert dort stetig seinen abgeleiteten Status aus dem Eigentumsrecht des Vermieters und erfüllt zunehmend den verfassungsrechtlichen Inhalt eines allgemeinen (dinglichen) Verbraucherrechtes an Sachen. Da im Recht der Wohnraummiete durch die wirtschaftliche Entwicklung zu Wohnungsbaukonzernen ein "Eigenbedarf" der Vermieter weitgehend entfallen ist, haben sich "Wohnrecht" und "Kapitalverwertungsrecht" personell und strukturell im Eigentum geschieden.

Diese Scheidung des Eigentumsrechts in einen Konsum- und einen Kapitalbestandteil zeigt sich auch im Konsumentenkredit. Während der Kreditgeber als Sicherungseigentümer ohne "Eigenbedarf" allein am Geldwert des Sicherungsgutes interessiert ist, und dies durch sein Verwertungsrecht dokumentiert, verbleibt dem Verbraucher entweder nur ein schuldrechtlicher Anspruch oder aber bei Vereinbarung einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) das Anwartschaftsrecht, in dem sich die "Nutzungsfunktion" [1] ausdrücken könnte.

---

1) So unterscheidet in der Tat Baur, Sachenrecht, 1970, S. 572

Das Eigentum hat sich aufgespalten in das durch § 903 BGB weiterhin gedeckte wirtschaftliche Verwertungsrecht und das Verbrauchsrecht, dessen Schutz allein noch der richterlichen Rechtsfortbildung anvertraut ist.

A. Blomeyer [1] scheint dies zu berücksichtigen, indem er das Eigentumsrecht wieder dort verankert, wo es seine im Sozialstaat wichtigste Funktion des Schutzes des persönlichen Verbrauchs hat. Blomeyer will dem Sicherungsgeber das Volleigentum zuerkennen, während sich der Sicherungsnehmer mit einem besitzlosen Pfandrecht begnügen soll, dessen dogmatische Grundlage in § 163 BGB zu suchen sei [2]. Die Kritik Blomeyers an der Konstruktion des Sicherungseigentums ist jedoch im Gegenteil die "Flucht nach vorn" [3] eines Konservativen, der hierdurch gerade einen von jeder sozialen Bindung losgelösten rechtsdogmatischen Eigentumsbegriff retten will [4].

Eine funktionale Differenzierung von Geschäfts- und Nutzungsfunktionen von Sachen im Recht ist diesem "abstrakten Neukantianismus" [5] fremd.

Auch die Lösung Ludwig Raisers, der im Grundgesetz eine soziale Differenzierung des Eigentums erkannte [6], kommt einem allgemeinen Konsumrecht im Anwartschaftsrecht nicht näher. Bei dem Verhältnis von Anwartschaftsrecht und Sicherungseigentum sieht er nur eine quantitativ zeitliche Differenzierung. Die Stärke des Anwartschaftsrechtes soll nicht

---

1) AcP 153, 246
2) A.a.O. S. 246
3) Raiser, Dingliche Anwartschaften, S. 65
4) "Nur der hat Eigentum, der es auf unbeschränkte Dauer hat, als 'ewiges' Recht." Blomeyer, a.a.O. S. 246
5) Raiser, a.a.O. S. 53
6) AöR 78 (1952), 118

an seiner sozialen Funktion, sondern daran gemessen werden, wieviel DM von seinem Tauschwert durch den Sicherungsgeber bereits abgetragen sind [1]. Nur für Investitionskredite ist jedoch dieser "Teilungsgedanke", der auch dem Gedanken vom "wesensgleichen Minus" oder "zum Vollrecht erstarkenden Recht" zugrunde liegt, sinnvoll, da dort qualitativ gleiche Interessen, die entsprechend dem Geldwert teilbar sind, in ihrem Gegensatz zutreffend reflektiert werden.

Das von Raiser (im Anschluß an Blomeyer) aufgeworfene Problem, "daß es nicht gelingt, eine aus dem Eigentumsinhalt ausgegrenzte, spezifische Machtbefugnis zu nennen, die dem Anwärter ähnlich wie dem Nießbraucher ... als 'Belastung' des Eigentums zusteht ..." [2], ist für den Konsumentenkredit nur durch eine Differenzierung lösbar, in der die unterschiedliche Qualität der Interessen an den Konsumgütern berücksichtigt wird. Am nächsten kommt Wiethölter [3] dieser sozialen Differenzierung, wenn er von "formellem" und "materiellem" Eigentum spricht und, allerdings ohne weitergehende wirtschaftliche und soziale Begründung, feststellt: "Es ist rechtlich und wirtschaftlich falsch, dem Verkäufer bis zuletzt qua Eigentum den Skalawert (voll) zu erhalten, während man ihn dem Käufer qua Lastenfreiheit bis zuletzt vorenthält."

Das Eigentumsrecht des § 903 BGB ist in zwei Formen aufgespalten, deren Inhalt sich nach dem Abstraktionsprinzip unabhängig von der vertraglichen Vereinbarung einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) jeweils aus der objektiven sozialen Funktion der Sachherrschaft ergibt. Das Anwartschaftsrecht an einer Sache, die mit dem sozialen Zweck ihres persönlichen Verbrauchs in den Besitz des Konsumen-

---

1) Der "Teilungsgedanke", Raiser, Dingliche Anwartschaften, S. 66/67
2) A.a.O. S. 64
3) Kauf unter Eigentumsvorbehalt und Gewährleistung für Rechtsmängel, JZ 61, 693 (695)

ten gelangt, ist daher ähnlich dem Recht auf Wohnung als quasi-dingliches Recht anzusehen, dessen Inhalt darin besteht, den ungestörten Verbrauch des betreffenden Gegenstandes zu gewährleisten. Dieses Recht ist allein gegenüber dem Sicherungsnehmer insoweit eingeschränkt, wie es sich aus einer vertretenden Abwägung der Verbrauchsinteressen des Konsumenten mit den Sicherungsinteressen des Kreditgebers ergibt. Rechtsdogmatisch bedeutet dies zunächst, daß das Anwartschaftsrecht als Nutzungsrecht ein sonstiges Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB ist und seinem Inhaber auch Schadensersatzrechte wegen Beschädigung, Entzug der Sache oder aber Rechtsmängeln auch gegenüber dem Sicherungseigentümer gibt und daß es ein Recht zum unmittelbaren Besitz als der einfachsten Voraussetzung des Verbrauchs gewährt. Ausdruck dieser Abwägung ist bereits §§ 4 Abs. 2, 5 AbzG [1], wonach kurzfristige Interessen des Sicherungsnehmers dem Verbrauchsrecht des Abzahlungskäufers untergeordnet werden. Diese Vorschrift ist Ausdruck eines allgemeinen Prinzips des Verbraucherrechts und daher gerade im Hinblick auf § 5 AbzG und die sozialökonomische Ausrichtung dieses Schutzgesetzes bei allen Konsumentenkrediten mit Sachsicherheit, sei es, daß diese in der Rechtsform der Sicherungsübereignung, des Eigentumsvorbehaltes oder eines angeblichen Mietrechts wie im Leasing verwirklicht ist, anzuwenden [2].

Die §§ 811 ff. ZPO sind ebenfalls Ausdruck eines Verbraucherrechts und damit in einer sozialen Interpretation von dem wohlfahrtsstaatlichen Geruch des Almosens zu befreien. In den §§ 811 ff. ZPO ist lediglich das für bestimmte existenznotwendige bewegliche Sachen festgelegt, was in § 556a BGB für das Recht auf Wohnung bestimmt ist. Dazu stellt Palandt-Putzo [3] fest, daß "§ 556a in der neuen Fassung

1) Vergleichbar § 565 Abs. II BGB
2) Ebenso König, Konsumentenkredit, S. 67
3) BGB, § 556a Anm. 1 c

nicht mehr eine Ausnahmevorschrift (ist). Sie sieht für die Interessenabwägung die Belange von Vermieter und Mieter als von vornherein gleichwertig an (Folge der sozialen Bindung des Eigentums, Art. 14 II GG)". Dieses Verständnis gilt auch für die Interpretation der Pfändungsschutzvorschriften heute. Da das Anwartschaftsrecht im Konsumentenkredit inzwischen die Konsumfunktion vollständig vom Eigentum abgespalten und übernommen hat, bilden die §§ 811 ff. ZPO auch die äußerste materielle Grenze für das Rücknahmerecht des Sicherungsnehmers.

In § 812 ZPO ist auch die in der Literatur diskutierte Problematik [1] des "Verschleuderns" des Sicherungsgutes durch den Sicherungsnehmer bereits gelöst.

Die Rechtsprechung, die die Vollstreckung in das Sicherungsgut durch den Sicherungsnehmer als "Wegnahme" i. S. des § 5 AbzG erkannt hat [2], hätte nur den Umkehrschluß zu vollziehen, daß die Wegnahme der in § 811 ff. ZPO bezeichneten Gegenstände dem Verbraucher ebenso Lebensnotwendiges entzieht wie bei der Pfändung.

Es wären darüber hinaus diejenigen Klauseln neu an §§ 138, 242 BGB und vor allem an § 9 Abs. 2 Ziff. 2 AGB-G zu messen, nach denen der Sicherungsgeber im Widerspruch zur Konsumfunktion seines Erwerbes und damit zur "Natur des Vertrages" besonderen, z. T. kostspieligen Beschränkungen im Interesse des Kreditgebers unterworfen wird wie der Pflicht zur Garagenunterstellung beim Auto, dem Verbot, daß die Gegenstände z. B. "ohne Genehmigung der WKV nicht vom

---

1) König, Konsumentenkredit, S. 70; zu den entsprechenden Schutzvorschriften im Uniform Conditional Sales Act der USA vgl. Marschall v. Bieberstein, Das Abzahlungsgeschäft und seine Finanzierung, S. 85

derzeitigen Verwahrungsort weggeschafft werden.", der E
tung "für jede Verschlechterung" sowie für die "Kosten e
Widerspruchsprozesses, den die WKV bezüglich der übere
neten Gegenstände zu führen gezwungen werden sollte" [1].
§ 242 BGB wäre ferner der Maßstab dafür, wann im Einz
fall die Bedeutung eines Gegenstandes für den persönliche
Verbrauch auch über den Rahmen der §§ 811 ff. ZPO und
§ 4 Abs. 2 AbzG hinaus eine Wegnahme des Gegenstandes
ganz oder für einen bestimmten Zeitraum ausschließt [2].

Für eine gesetzliche Regelung ist davon auszugehen, daß
Wegnahme von Konsumgütern in der Regel volkswirtschaftl
sinnlos ist, da der dadurch angerichtete Schaden in einem
Haushalt meist in keinem Verhältnis zu den Liquiditätsinte
essen der Kreditgeber steht, die bei Vertragsschluß sowoh
über das Vermögen und Einkommen als auch die Bedeutung
des betreffenden Gegenstandes für den Kreditnehmerhausha
informiert waren. Eine wenn auch hinausgezögerte Vertrag
erfüllung sollte daher absoluten Vorrang vor anderen Lösu
gen haben [3].

Alle aus der Vertragsstörung abgeleiteten Sanktionen bilde
gemeinsam ein Hindernis für eine Erfüllungslösung. Daher
sollte auch nicht jede dieser Folgen wie Rücktritt, Ratenve
fall und Rücknahme des Sicherungsgegenstandes durch beso
dere Fristen und Mindestrückstände geregelt sein [4]. Die
Rechtssicherheit für den Verbraucher erfordert hier eine
einheitliche Regelung, die Klarheit für die Verbraucherrech
te schafft. Dabei ist die Anknüpfung an der Anzahl der Ra
ten nicht sinnvoll, da bereits Kredite mit bis zu 60 Monats

---

1) Nach Sicherungsübereignungs-Vertrag der WKV-Berlin
2) § 765a ZPO analog vgl. auch §§ 721, 794a Abs. 1 ZPO
3) Vgl. § 12 Abs. 1 Ziff. 1 SPD-Entwurf eines AbzG vom 5. 2. 1964 BT-Drucks. IV/ 1895, abgedruckt bei Ostler/ Weidner, AbzG, Einleitung Anm. 24 c
4) Vgl. aber den SPD-Entwurf a.a.O.

raten abgeschlossen werden. Ein Rückstand, der in einem Prozentsatz vom Erwerbspreis ausgedrückt ist, darf auch nicht am Bar-Kaufpreis ansetzen [1], da hierdurch gerade diejenigen Konsumenten benachteiligt würden, die zu erschwerten Bedingungen wegen der erhöhten kreditbedingten Mehrkosten einen höheren Betrag für den Erwerb des Konsumgutes einsetzen müssen. Der Mindestrückstand muß sich daher auf den gesamten vom Konsumenten zu zahlenden Betrag beziehen. Dies ist der einzig vertraglich einwandfrei festgelegte Betrag, der auch in den freien Krediten nachweisbar ist [2].

Die hier aufgezeigten Lösungen wären in den Formulierungen gesetzlich regelbar, wie sie unten S. 513 ff. in den §§ 8, 9, 13 E-KKG vorgeschlagen werden.

---

1) So die Rspr. zu § 4 Abs. 2 AbzG OLG München NJW 73, 53 m. w. Nachw.; a. A. Ostler/Weidner, AbzG § 4 Anm. 72; wie die Rspr. auch der SPD-Entwurf 1964, a.a.O. § 13 Abs. 1

2) Dies geht auch aus der Rechtsprechung zur Berechnung der angefallenen Zinsen bei vorzeitiger Rückzahlung hervor. Da eine Rückrechnung nach dem Annuitätsprinzip (vgl. § 367 BGB) äußerst kompliziert wäre, entnimmt sie (allerdings aufgrund einer entsprechenden stillschweigenden Vereinbarung), daß die Kreditkosten linear auf die einzelnen Raten zu verteilen sind (OLG Köln Urt. v. 3. 12. 76; OLG Hamm, Urt. v. 11. 11. 77 - 11 U 75/77 -; OLG München Urt. v. 27. 2. 76 - 2 U 3384/75 - zitiert nach Hannes, a.a.O., TW 78, 2/20)

VIERTER TEIL
ENTWURF EINES KONSUMENTENKREDITGESETZES

A Der Schutzbereich eines Konsumentenkreditgesetzes

Im 1. Teil wurde bereits der Begriff des Konsumentenkre abgeleitet. Bei der Untersuchung der sozialen und rechtli Probleme hat sich dieser Begriff auch für die juristische gelung als tragfähig erwiesen, so daß ein entsprechendes setz nicht nur auf Abzahlungskäufe oder Darlehen oder Leasingformen bezogen sein darf, sondern den gesamten reich des Konsumentenkredits umfassen muß. Es bleibt je doch zu untersuchen, ob nicht der persönliche und sachlic Schutzbereich zusätzlich zu dem wirtschaftlichen Begriff w in den ausländischen Konsumentenkreditgesetzen [1] besond festzulegen ist, weil die ökonomische Funktion des persön chen Verbrauchs und die rechtliche Bewertung der Schutzw digkeit bestimmter Personengruppen bei bestimmten Handlungen nicht identisch ist. Diese Überlegungen sind insbes dere in Anbetracht der Tatsache notwendig, daß die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers in den bestehenden Gesetzen sowie in Rechtsprechung und Schrifttum oft weitgehend una hängig von der ökonomischen Funktion "Verbraucher" bestimmt wird.

I. Verbraucherbegriff und Verbraucherschutzbereich im i und ausländischen Verbraucherrecht

Das Abzahlungsgesetz von 1894 hat in § 8 seinen Schutzbereich auf alle Personen erstreckt, die nicht als "Kaufmann in das Handelsregister eingetragen" sind ohne Rücksicht da auf, ob es sich dabei um Handelsgeschäfte oder Geschäfte

1) Dazu unten S. 481 ff.

zur individuellen Konsumtion handelt, da die "Verkehrsfreiheit" im Großhandel [1] allein dessen Ausnahme verlangte. Dieser fast ohne Diskussion im Reichstag [2] getroffenen Regelung lag die Erwägung zugrunde, daß Abzahlungskäufe wegen der hohen Zinsen nur von den Armen getätigt würden und daher mit diesem Gesetz u. a. auch der Ausbeutung der Armut in Deutschland durch skrupellose Geschäftemacher entgegengetreten werden sollte. Im übrigen beschränkte sich die Diskussion darauf, ob auch alle vorgetragenen Beispiele bestehender Ausbeutung in diesem Bereich in Zukunft von dem so bestimmten Schutzbereich erfaßt würden [3].

Im Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen [4] hat der Bundestag im Prinzip an dieses Bestimmungsmerkmal angeknüpft, indem er alle Kaufleute (nicht nur eingetragene Vollkaufleute) vom Schutz der wichtigsten Bestimmungen des Gesetzes ausgenommen hat, wenn "der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört" (§ 24 Ziff. 1 AGB-G) [5].

Ein Teil der Arbeitsgruppe beim Bundesjustizministerium, die den Gesetzentwurf ausarbeitete, übernahm dabei die Begründung bezüglich der besonderen Verkehrsfreiheit im Handel [6]. Zur Begründung des gegenüber § 8 AbzG erweiterten Schutzbereiches wird ausgeführt, daß auch der Vollkaufmann in Geschäf-

---

1) Motive zum Abzahlungsgesetz nach Ostler/Weidner, AbzG, 6. Aufl. § 8 Anm.
2) Reichstagsprotokolle der 35. Sitzung v. 25. I. 1894 S. 863 ff.; der 78. Sitzung v. 10. IV. 1894 S. 2051 § 8: "(ohne Debatte)"
3) A.a.O.
4) BT-Drucks. 7/5412 u. 5422
5) Die übrigen Ausnahmen betreffen Geschäfte mit öffentlich-rechtlichen Institutionen, die ebenfalls nicht geschützt werden sollen.
6) Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, recht März 1974 S. 100

ten, die nicht sein Gewerbe betreffen, nicht über besonder
schäftliche Erfahrung verfügt [1]. Damit wird die Begründu
des Bundesgerichtshofs übernommen, wonach die Schutzwür
keit des Verbrauchers in der mangelnden Erfahrung in ge-
schäftlichen Angelegenheiten zu sehen ist [2]. Der Rechtsau
schuß des Bundestages ging davon aus, daß Kaufleute prinz
wie Verbraucher zu schützen sind. Lediglich das Ausmaß d
Schutzes könne bei gewerblichen Geschäften geringer sein

Im US-amerikanischen Consumer Credit Protection Act vor
1968 [4] ist der Schutzbereich ebenfalls nur negativ dadurch
stimmt, daß Geschäftskredite, Kredite an die Regierung ode
Organisationen, Pfandkredite, öffentlich-rechtliche Kredite
wie ein Teil der Hypothekarkredite ausgeschlossen sind (§
Dieser Schutzbereich wird damit begründet, daß dem Verb
cher oft die Kenntnis über die tatsächliche Situation im Ko
mentenkredit fehle und "daß durch einen informierten Gebr
des Kredits die Wirtschaft stabilisiert und der Wettbewerb
gestärkt würde." (§ 1601). Im Uniform Consumer Credit C
der USA [5] wird als "consumer" eine "Person" definiert,
nicht eine Organisation ist" und die "Güter, Dienstleistunge
vornehmlich für persönliche, familiäre, haushaltsmäßige o
landwirtschaftliche Zwecke erwirbt." [6]. Ferner sind Gesc
mit einem Wert über 25 000 Dollar ausgenommen. Der Zi
talog des Gesetzes umfaßt Ziele wie "Vereinfachung, Siche
stellung ausreichender Versorgung, Förderung des Verstär
ses der Verbraucher, Verbraucherschutz gegen zweifelhaft
Praktiken, Vereinheitlichung des Rechts" [7].

---

1) A.a.O.
2) BGH NJW 61, 167; 67, 1023; dazu ausführlich oben S. 253
3) BT-Drucks. 7/5412 S. 14
4) United States Code Annotated, Title 15, Commerce and Tr
1974, §§ 1601 f
5) Zugänglich war nur der Final Draft of the UCCC, abgedru
bei Diamond (Ed), Instalment Credit, London 1970, S. 195
6) Section 2.104. (I); 3.104. (I)
7) Section 1.102. (2) (a-g)

Der britische Consumer Credit Act von 1974 [1] beschränkt sich darauf, den Konsumenten als natürliche Person [2] zu bestimmen und neben einigen Ausnahmen bei staatlichen und staatlich lizensierten Krediten "Verbrauchergeschäfte" dadurch zu kennzeichnen, daß hierunter nur Kredite bis zu 5000 Pfund Sterling zu verstehen sind [3]. Trotz des Bekenntnisses zum Verbraucherschutz, das die Arbeiten zu diesem Gesetz geleitet hat [4], und dem Titel ist der Zweck des Kredites zum persönlichen Verbrauch nicht als Bestimmungskriterium ins Gesetz aufgenommen worden, so daß auch nach Goode "eine beträchtliche Anzahl von Geschäftskrediten ... erfaßt werden" [4]. Neben dem Verbraucherschutz galt als Ziel der Gesetzgebung vor allem auch die Vereinheitlichung des Rechts und die rechtliche Einbeziehung Dritter in den Kreditvertrag [5].

In Art. 2 eines Vorschlags der EG-Kommission zum Verbraucherkredit [6] wird der "Verbraucher" als "eine natürliche Person, die Kreditverträge eingeht, ohne im Rahmen einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zu handeln" bestimmt. Der Vorschlag läßt ähnlich wie im angloamerikanischen Recht die Festsetzung einer Mindestkreditsumme für die Anwendbarkeit des Schutzgesetzes zu (Art. 4, 2).

Das französische "Loi Royer" [7] berücksichtigt die Verbraucher nur insoweit, wie damit Kleinhandel und Kleingewerbe geholfen werden kann. Den "repräsentativsten Verbraucherverbänden" wird die Verbandsklage gegen Werbung und Wettbewerbsverzerrungen gegeben, soweit Schaden dem "kollektiven

---

1) Vgl. Goode, The Consumer Credit Act 1974, The Cambridge Law Journal, April 1975, S. 79 ff.
2) A.a.O. S. 82 Fn. 8
3) A.a.O. S. 85
4) A.a.O. S. 83
5) A.a.O. S. 80
6) Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Dritter Vorschlag für Artikel, die als Grundlage eines Entwurfs einer Richtlinie über Verbraucherkredit zur Diskussion gestellt werden, v. Mai 1976 vv. Manuskript
7) Siehe S. 483

Interesse der Konsumenten" entsteht (Art. 45).

Eine Verbraucherdefinition findet sich dort ebensowenig w
den entsprechenden Wettbewerbsgesetzen der Bundesrepub
die vom "Endverbraucher" sprechen [1]. In § 13 UWG wir
der Definition der Verbraucherverbände davon ausgegange
daß diese "die Interessen der Verbraucher durch Aufkläru
und Beratung wahrnehmen." Das Vorverständnis von der U
fahrenheit und Unwissenheit der Verbraucher tritt deutlich
hervor.

Der Überblick über die verschiedenen Regelungen ergibt n
in der Bestimmung des Verbrauchers als natürlicher Per
Übereinstimmung [2]. Die Fülle der allein negativen Besti
mungen wie nicht-geschäftlich, Nicht-Kaufmann, nicht übe
bzw. unter einer bestimmten Summe, nicht-staatlich etc.
macht deutlich, daß bisher zwar eine Reihe von Vorstellu
gen darüber bestehen, wer der "schutzwürdige Verbrauche
nicht ist, für seine positive Definition jedoch kaum etwas
finden ist [3].

Der Überblick über die Zielsetzungen zeigt dann auch, da
weniger um den Verbraucher als um eine unabhängig von
bestimmte Schutzwürdigkeit bestimmter Personengruppen g
War es für die Reichsregierung 1894 der Schutz des "arm
Mannes" und der "ordentlichen Kleingewerbetreibenden", f
den Gesetzgeber der Bundesrepublik die "geschäftliche Une
fahrenheit" und mangelnder Wettbewerb, für das britische

---

7) von S. 482
Vgl. Calais-Auloy, La loi Royer et les Consommateurs, Recucil Dalloz Sirey, 1974, 16e Cahier - Chronique - XVI S. 19 ff.; das Gesetz v. 27. 12. 1973 heißt: "loi d'orientat du commerce et d'artisanat"

1) Vgl. §§ 6a, 6b, 13 Abs. 1a UWG; 2 Abs. 1 PreisAusZVO; RabattG; 16 GWB

2) Ebenso T. Schneider, Der Begriff des Verbrauchers im R BB 74, 764

3) So auch K. Simitis, Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip? S. 14

Parlament die Undurchsichtigkeit des Marktes, den französischen Gesetzgeber das Verschwinden der vielen Kleinhändler und Handwerker und für den amerikanischen Kongreß die unseriösen Praktiken und der dadurch verzerrte Wettbewerb, so fehlt in den Zielkatalogen der westlichen Welt die einfache Feststellung, daß allein die Funktion "Verbraucher" zu sein, seine Schutzwürdigkeit begründet. Dahinter verbirgt sich die Vorstellung, daß der Verbraucher in der marktwirtschaftlichen Ordnung im Prinzip nicht schutzbedürftig ist, sondern daß schuld an den nicht wegzuleugnenden Erscheinungen seiner Benachteiligung allein Wettbewerbsverzerrungen und subjektive Mängel der Menschen sind. Deutlich ausgesprochen wird dies in den "Grundlagen und Zielen der Verbraucherpolitik" der Bundesregierung vom 17. X. 1975 [1], wo es heißt: "In der Marktwirtschaft ist der Wettbewerb das entscheidende Ordnungsprinzip. Er schafft die günstigsten Voraussetzungen für die bestmögliche Versorgung der Verbraucher sowohl in quantitativer als auch in qualitativer und preislicher Hinsicht." Diese Feststellung bedeutet, daß mit Verbraucherschutz nicht der Schutz der Stellung "Verbraucher", sondern der Schutz der Unerfahrenheit, Unkenntnis, Ungewandtheit von natürlichen Personen gemeint ist.

Der Verbraucherschutz ist nach Eith [2] "zwar der politische Anlaß und Ausgangspunkt für die Intensivierung der Diskussion". "Ein Kriterium des Schutzbedürfnisses ist jedoch dem Verbraucherbegriff völlig fremd", so daß seiner Meinung nach der Jurist in der Abgrenzung des persönlichen Schutzbereiches wenig Hilfestellung von den Sozialwissenschaften erwarten kann. Der bis vor kurzem unbekannte Bezugspunkt rechtlicher Regelung, der jetzt als "dominierendes Element auf-

---

1) BT-Drucks. 7/4181
2) Zum Schutzbedürfnis gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 74, 16 (17)

taucht" [1], verschwindet hinter den Mutmaßungen der Jur über die Schutzwürdigkeit bestimmter Personengruppen [2].

Die historische Entwicklung im Konsumentenkredit und die vorstehend im zweiten Teil vollzogene Analyse der sozial Probleme der ökonomisch bestimmten "Verbraucher" im dit hat jedoch gezeigt, daß die Schutzwürdigkeit nur im e Zusammenhang mit den sozialen und wirtschaftlichen Funk nen auch rechtlich erfaßbar ist.

II Ableitung der Schutzwürdigkeit des Verbrauchers aus seiner gesellschaftlichen Stellung [3]

Die rechtliche Schutzwürdigkeit ist im Gegensatz zur herr schenden Meinung und Politik aus der Stellung des Verbra chers in der Marktwirtschaft [4] zu erklären [5].

Reich schlägt vor, eine neue Zivilrechtsdogmatik für den reich des Verbraucherschutzes zu entwickeln, deren Grun lagen in den wenigen verbraucherschützenden Gesetzesmate rien bereits zu finden wären [6]. So soll es möglich sein, entsprechend einiger Zivilrechtskonzeptionen in sozialistis

---

1) K. Simitis, Verbraucherschutz, S. 13

2) Vgl. dazu neben Eith, a.a.O.; T. Schneider, Der Begriff Verbrauchers im Recht, BB 74, 764; Mit der ökonomische Funktion Verbraucher befaßt sich dagegen Dichtl, Zur Sch würdigkeit des Verbrauchers, in Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, S. 23 ff.

3) Vgl. hierzu ausführlicher Reifner, Der Schutzbereich ein Verbraucherschutzgesetzes und die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, ZVP 1978 Heft 3

4) Daß in sozialistischen Systemen gleichfalls eine Schutzwür keit der Verbraucher bestehen kann, beweist keineswegs d Identität der Ursachen. Vgl. dazu Tonner, Verbraucherscl und Klassentheorie-Erwiderung auf Enzo Roppo, DuR 3'76 241 (244 f.)

5) Reich, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften u. Verbra cherschutz, ZRP 74, 187; Tonner, Zum Stellenwert des Ve braucherschutzes, DuR 2'75, 119 ff.; Roppo, Verbraucher schutz und Klassentheorie, DuR 2'76, 109 ff.

6) Reich, ZRP 74, 188

Ländern, ein besonderes Verbraucherrecht dem Recht der Wirtschaft gegenüberzustellen. Fraglich ist bereits, ob den angesprochenen Regelungen eine solche Gegen-Konzeption zu entnehmen ist, da sie selber sich bis in die Formulierung hinein auf die herrschende Zivilrechtsdogmatik beziehen und nach dem Prinzip von Regel-Ausnahme qualitative Schritte nur bei einer von außen herangetragenen sozialwissenschaftlichen Analyse erkennen lassen. Wie Roppo mit Recht bemerkt, wird in dieser Konzeption auch übersehen, daß die Verhältnisse zwischen Verbraucher und Unternehmer ja nicht zufällig von den gleichen Regeln wie im Geschäftsverkehr beherrscht werden. In beiden Beziehungen ist dasselbe Gewinninteresse der Unternehmen in der rechtlichen Form verallgemeinert, so daß die Aufhebung dieser Form für den wichtigen Bereich der individuellen Konsumtion, in dem sich letztlich allein der Gewinn realisieren kann, auch die Aufhebung des Konstitutionsprinzips der marktwirtschaftlichen Ordnung impliziert.

Prinzipien eines "Verbraucherrechts" im Unterschied zum "Wirtschafts- oder Unternehmensrecht" aufzuspüren, würde entweder eine relative Autonomie beider Rechtsgebiete oder aber das Aufspüren eines insgesamt alternativen Rechts implizieren. Der zuerst genannte Weg birgt jedoch die Gefahr in sich, daß die entscheidenden strukturellen Defizite des persönlichen Verbrauchs in der Marktwirtschaft im Unternehmens- und Wirtschaftsrecht unangetastet bleiben, während dem Verbrauchsrecht nur kompensatorische Funktion zukommt. Ähnliche Entwicklungen im Arbeitsrecht, in dem in Abkehr von den Freiheits- und Gleichheitsidealen der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik über eine Gemeinschaftsideologie mit funktionaler Führerschaft des Unternehmers Tendenzen rechtlicher Entmündigung dogmatisch anerkannt wurden ("Treue", "Fürsorge", "Betriebsfrieden", "Einordnung" etc.),

sollten davor warnen, Sonderrechtsgebiete aus ihrer Verankerung in der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik vorschnell herauszulösen. Wenn das Verbraucherrecht allein in den Bereich der politisch-rechtlichen Kompensation ökonomischer Funktionsdefizite [1] verwiesen wird, so gerät der Umstand aus dem Blickfeld, daß die wirtschaftliche Macht der Unternehmen zum großen Teil ja auch darauf beruht, daß ihre Interessen- und Herrschaftsbereiche im Prinzip rechtlich anerkannt sind und durch staatliche Gewalt vermittelt über Gerichte und Polizei ausgeführt und geschützt werden. Verbraucherrecht oder richtiger "Verbrauchsrecht" [2] kann daher nur als ein Arbeitstitel für die auf die sozialen Funktionen des persönlichen Verbrauchs bezogene Anwendung der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik sein, wobei die bereichsspezifischen Schutzrechte als Ausdruck einer sozialen Anwendung dieser Grundsätze zu begreifen sind, ohne daß damit diese Ideale aufgegeben werden dürfen [3]. In dieser Weise soll hier auch das Konsumentenkreditrecht verstanden werden, das gerade als Teil des allgemeinen Zivilrechts, das ebenso dem Wirtschaftsrecht wie dem Bürgerrecht die Grundlage gibt, zu entwickeln war.

Die Theorie vom Verbraucherrecht behält dann auch in Analyse und Systematik ihre Ambivalenz. Einerseits wird davon ausgegangen, daß "die Stellung als Verbraucher ... keine

---

1) So aber Reich, Markt und Recht, S. 197

2) Vgl. dazu unten zum Unterschied funktionaler und personaler Verbraucherschutzkonzeptionen, S. 490 ff; vgl. auch die Begriffe "Arbeitsrecht" statt "Arbeitnehmerrecht", "Recht der Wohnraummiete" statt "Recht der Wohnraummieter"

3) So im Prinzip auch Reich, Markt und Recht, S. 196: "daß es der Theorie des Verbraucherrechts gar nicht darum geht, etwas nicht Bestehendes als bestehend zu postulieren. Sie zeigt vielmehr die Richtung auf, in der die theoretische Reflexion und politische Verarbeitung der strukturellen Unterlegenheit des Verbrauchers am Markt im Recht geht und gehen sollte."

genuin rechtliche, sondern eine sozial-ökonomische (ist)" [1], zum anderen soll jedoch die Rollentheorie bei ihrer Erklärung und Systematisierung helfen können.

Der Verbraucher erhält die neue Bezeichnung "Verbraucherrolle" [2] und wird in Rollensegmente zerlegt. Wie man jedoch zu den einzelnen Rollensegmenten kommt und in welcher Beziehung und Funktion sie zueinander stehen, dies bleibt im vorwissenschaftlichen Raum. Da der Verbraucher in seiner Funktion nicht erkannt ist, bleiben die Ergebnisse der Einzelforschungen beliebig und auch beliebig verwendbar. Die von Reich [3] hervorgehobene Leistung der Rollentheorie, daß sie allein in der Lage sei, die Gesamtheit der Verbraucher "im ökonomischen System zu erfassen", ist gerade ihr Nachteil, da sie nur die Antwort auf die falsche Frage nach einer besonderen "Verbrauchergesellschaft" ist, deren Gesetzmäßigkeiten man neben der Arbeits- oder Kulturgesellschaft erfor-

---

1) Reich, ZRP 74, 188

2) Die Rollentheorie erfreut sich in der Rechtswissenschaft zunehmender Beliebtheit (vgl. z. B. Th. Raiser, Einwendungen aus dem Kaufvertrag gegenüber dem Finanzierungsinstitut beim finanzierten Abzahlungskauf, RabelsZ 1969, 497 ff.; L. Raiser, Die Zukunft des Privatrechts, S. 29). In ihrer allgemeinen Kritik der Rollentheorie hat F. Haug (Zur Kritik der Rollentheorie, 1972, S. 7) bereits festgestellt: "Die scheinbar unauflösliche Verbindung der Rollentheorie mit Zügen der sozialen Existenz verspricht nicht nur einen hohen Erkenntniswert, sie sichert zudem ab gegen Kritik." Damit eignet sie sich besonders für die Rechtswissenschaft, indem sie scheinbar "soziale Bezüge" für eine in der Legitimationskrise befindliche Jurisprudenz offeriert, ohne daß die Grundanschauungen der Dogmatik in Frage gestellt werden müssen. Eine Voraussetzung der Rollentheorie besteht nach Habermas (Vorlesung "Theorie der Sozialisation", Ffm 1968 vv. Manuskript 2. Doppelstd. S. 2) darin, daß die Rollen zweier Interaktionspartner prinzipiell austauschbar sind ("Identitätstheorem"). Gerade damit wird aber die Grundannahme der Zivilrechtsdogmatik sozialwissenschaftlich reproduziert und die Verbraucherrolle bruchlos neben die Käufer-Mieterrolle gesetzt. Durch die zweite Voraussetzung der Rollentheorie, das "Konformitätstheorem" (a.a.O.), das besagt, "daß geltende

Forts. siehe S. 489

schen könne. Reich hat inzwischen [1] seine "Rollentheorie" den politisch-ökonomischen Zusammenhang des persönlichen Verbrauchers in der bürgerlich-kapitalistischen Gesellschaft zurückgenommen und m. E. damit die Anwendung des Rollenbegriffs überflüssig gemacht. Damit setzt er sich aber auch von L. Raiser [2] ab, der ausdrücklich den politisch-ökonomischen Zusammenhang und die entsprechenden Begriffe als Bezugspunkte der Zivilrechtsdogmatik ausschließt und sich damit zur formalen Rollentheorie bekennt.

Im Gegensatz zu Tonner [3] sehe ich keine Ergänzungsmöglichkeit zwischen dem rollen-theoretischen Ansatz und "klassenspezifischen Erwägungen", da die Auffassung der einzelnen Tätigkeit des Menschen als Rollenspiel einer materiell-funktionalen Betrachtungsweise diametral entgegengesetzt ist. Während eine funktionale Betrachtungsweise bei der Behandlung gesellschaftlicher Verhältnisse wie demjenigen des persönlichen Verbrauchs schon vom Ansatz her nach dem System fragen muß, aus dem sich die besondere Erscheinung dieses Verhältnisses erklärt, bleibt für den Rollentheoretiker gleichgültig, zu welchem Zweck, für wen und warum im zu beobachtenden Welttheater ein bestimmtes Stück mit bestimmten Rollenerwartungen, -definitionen und -konflikten aufgeführt wird. Bevor nicht in der ökonomisch

---

2) Forts. von S. 488:
Normen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auch faktisch erfüllt werden" (a.a.O.) gelingt es, das Rechtssystem, in dem die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers systematisch verankert ist, nicht als Objekt, sondern als nicht-diskutierbare Voraussetzungen der Untersuchung einzuführen.

3) Vgl. auch J. Hofmann, Das Theater mit der Rollentheorie, Das Argument Heft 83, Dez. 1973 S. 927 ff.

1) Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht, S. 11

2) Zur Zukunft des Privatrechts, S. 28; Reich (Markt und Recht S. 195, spricht jedoch von "Präzisierung".

3) A.a.O. S. 128; ausführlich dazu Reich, Markt und Recht, S. 190 ff., der jetzt auf der Grundlage sozio-ökonomischer Unterscheidung die Rollentheorie nur als Instrument einer Systematisierung ansieht.

Analyse erkannt ist, was Verbrauchen allgemein und unter den spezifisch historischen Verhältnissen bedeutet, finden über diese plausiblen Anleihen in einer nicht aufgearbeiteten Wissenschaft nur zu leicht Ideologien wieder zurück, deren Unhaltbarkeit in der Rechtswissenschaft gerade zur sozialwissenschaftlichen Fragestellung geführt hat [1]. Demgegenüber bleiben Tonner und Roppo bei der ökonomischen Ableitung der Schutzwürdigkeit des Verbrauchers, wie sie ähnlich hier vertreten wird. Wenn die Grundlage der Analyse in der sozio-ökonomischen Funktion zu finden ist, die dem Rollenschema prinzipiell widerspricht, so ist entweder dieser Widerspruch aufzulösen oder aber zu beweisen, daß mit dieser Grundlage die konkreten Erscheinungen des persönlichen Verbrauchs nicht erfaßt werden können. Dies soll hier jedoch gerade bestritten werden.

Verbraucherschutz betrifft den Schutz in einem Prozeß der individuellen Konsumtion, dessen Ergebnis und Zweck die Reproduktion des menschlichen Körpers bzw. die Erhöhung seines allgemeinen Wohlbefindens ist [2]. Diese empirische Bestimmung des persönlichen Verbrauchs ist "zunächst unabhängig von jeder bestimmten gesellschaftlichen Form" [3].

Unter marktwirtschaftlichen Bedingungen unterliegt die individuelle Konsumtion einer doppelten Bestimmung: sie dient nicht mehr allein der Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse zu seiner individuellen Reproduktion. De Mello [4] hat dies folgen-

---

1) Vgl. die Beschreibung des finanzierten Abzahlungskaufes mit Hilfe der Rollentheorie bei Th. Raiser, a.a.O. S. 471

2) "Diese produktive Konsumtion unterscheidet sich dadurch von der individuellen Konsumtion, daß letztere die Produkte als Lebensmittel des lebendigen Individuums, erstere sie als Lebensmittel der Arbeit ... verzehrt. Das Produkt der individuellen Konsumtion ist daher der Konsument selbst, das Resultat der produktiven Konsumtion ein vom Konsumenten unterschiedenes Produkt." Marx, Das Kapital Bd. 1 MEW 23, 198

3) A.a.O. S. 192

4) de Mello, Publicité, Consommation, et Moralité, Gazette du Palais N° 5 des 5 et 10 septembre 1974 S. 743 (Übersetzung vom Verfasser)

dermaßen ausgedrückt: "Für den Produzenten ist die Befrie
gung (der Bedürfnisse) des Konsumenten nur ein notwendige
Mittel, um sein legitimes Ziel des Gewinns zu verwirkliche
während für den Kunden diese (Bedürfnis-)Befriedigung ein
Ziel an sich ist." Der Gewinn aller Unternehmer erhöht si
nun insgesamt, wenn ihnen gegenüber den Verbrauchern, di
nicht Unternehmer sind, eine besondere Preiserhöhung oder
Kostenminimierung beim Absatz von Konsumgütern gelingt.
Für den einzelnen Unternehmer ist dagegen auch die Übervo
teilung eines anderen Unternehmers in dessen Funktion als
Verbraucher gewinnbringend. Auch Unternehmer stehen in d
Gefahr, zu unnützen, wertlosen oder gar schädlichen Erwer
bungen verleitet zu werden.

In der früheren Ansicht Tonners [1], daß der Eigentümer vo
Produktionsmitteln nicht "Verbraucher" sei [2], wird die pol
tische Frage, welche konkreten Personengruppen in unserer
Gesellschaft Verbraucherinteressen als ihre persönlichen In-
teressen vertreten werden, daher zu früh gestellt.

Ebenso ist Roppo [3] zu widersprechen, wenn er meint, daß
die "Konsuminteressen aufgrund der unterschiedlichen Klas-
senlage" zwischen Lohnabhängigen und Unternehmern nicht
identisch seien [4]. Ihre Konsuminteressen widersprechen sic
nicht prinzipiell, sondern allenfalls unter Verteilungsge-
sichtspunkten. Entgegengesetzt sind ihre Interessen, soweit
sie sich als Unternehmer und lohnabhängige Konsumenten ge-
genüberstehen. Dann aber sind es gerade nicht die Konsumin

1) A.a.O. S. 128; inzwischen überholt, vgl. Tonner, Verbrau-
cherschutz und Klassentheorie, DuR 3'76, 241 (246)
2) Ebenso ablehnend Roppo, a.a.O. S. 118
3) de Mello, a.a.O. S. 118
4) Ich würde den hier vertretenen Ansatz auch nicht als "klas-
sentheoretisch" (so aber Reich, Markt und Recht, S. 192),
sondern als "sozial-funktional" bezeichnen. Inwieweit auf der
Basis der analysierten Interessengegensätze "Klassen" aus-
zumachen wären, bleibt ein schwieriges Problem, weil der
marxistische Klassenbegriff gerade im Konsumbereich ent-
scheidende Probleme hat.

teressen, sondern die Gewinninteressen des Unternehmers, die diesen Gegensatz ausmachen. Dieser Gegensatz aber ist der Schlüssel zum Verständnis der Schutzwürdigkeit des Verbrauchers.

Die individuelle Reproduktion des Menschen ist nur durch die Konsumtion einer Vielzahl unterschiedlicher, gegenseitig nicht austauschbarer (substituierbarer) Güter und Dienstleistungen gewährleistet, deren Verbrauch je nach Konsumgut gar nicht oder nur für begrenzte Zeit aufschiebbar ist [1].

Demgegenüber ist der Verkäufer einer Konsummöglichkeit nur an der Realisierung seines Geldwertes interessiert. Da es gleichgültig ist, aus dem Verkauf welcher Ware das Geld herrührt, kann auf die Produktion und den Absatz bestimmter Konsumgüter verzichtet werden, wenn sich der Gewinn auf andere Weise leichter erwirtschaften läßt. Für den Unternehmer ist mit dem Verkauf einer bestimmten Ware nicht seine persönliche Existenz unmittelbar verbunden. Allenfalls droht ihm eine Gewinneinbuße, die jedoch in der Regel keinen Zwang auf die Entscheidung zu einem bestimmten Geschäftsabschluß ausübt. Es kann bei gegebener zu geringer Nachfrage [2] sogar vorteilhafter sein, Waren zu horten als sie zu verkaufen.

Im Prozeß der individuellen Konsumtion steht also das Interesse, mit möglichst geringen Kosten und hohen Preisen Gewinne durch den Verkauf von Waren zu erzielen, deren gesellschaftlicher Wert so gering wie möglich ist, d. h. also im Idealfall nichts für viel Geld zu verkaufen, dem Konsuminteresse gegenüber, einen möglichst hohen Gebrauchswert entsprechend den individuellen Bedürfnissen mit den vor-

1) Dazu ausführlich oben S. 360 ff.

2) Nachfrage ist hier nie mit Bedürfnis zu verwechseln, da es sich immer nur um kaufkräftige Nachfrage handelt. Für die herrschende Konsumtheorie (vgl. dazu E. u. M. Streissler, Konsum und Nachfrage, 1966) interessiert der Verbraucher nur insoweit, wie sich daraus für die Absatzstrategie der Unternehmen Nachfrageschwankungen erklären lassen.

handenen Geldmitteln zu erwerben. Für die Durchsetzung ih Interessen steht den Unternehmern die Möglichkeit der Prei gestaltung in allen Abstufungen zur Verfügung sowie ferner Möglichkeit, bei gegebener Bedürfnisstruktur der Konsument Waren zurückzuhalten, ihren Verkauf aufzuschieben oder gar einzustellen, ihren Gebrauchswert nach ihrem Interesse zu gestalten oder auf andere Waren auszuweichen. Auf der Seite der Konsumenten besteht ohne staatliche oder kollektive Selbsthilf nur die Hoffnung, daß die Konkurrenz die Unternehmen dazu ve anlaßt, gegen ihre kollektiven Interessen ihren Gewinn im gege seitigen Wettbewerb auf Kosten der Verbraucher zu vergrößern

Die Organisation der individuellen Konsumtion unter den Verhä nissen einer marktwirtschaftlichen Ordnung führt daher zu eine permanenten Bedrohung des Verbrauchs. Die im Gegensatz zur Verbrauch stehenden Interessen sind überlegen, da ihre vollstä dige Verzichtbarkeit ihnen grundsätzlich auch eine einschränke de Gestaltung erlaubt.

Die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers ist somit nicht Ergebni ethisch-moralischer Parteinahme für bestimmte konkrete Menschen, sondern Parteinahme für die strukturell benachteiligten Interessen des Menschen an der individuellen Reproduktion, d. an Gesundheit, Leben, Würde des Menschen und der freien Ent faltung seiner Persönlichkeit.

Die Forderungen, mit denen dieses Ziel nähergebracht werde kann, können daher nur in allgemeiner Form rechtlich verwirklicht werden. Es verfälscht den prinzipiellen Anspruch ei nes so verstandenen Verbraucherschutzes, bestimmte Gruppen der "Verbraucher" von diesem Schutz auszuschließen, da es nicht darum gehen kann, den Privilegien einer Klasse die Privilegien einer anderen Klasse gegenüberzustellen [1]. Es

1) Schon 1894 hatte der SPD-Abgeordnete Auer dieses Prinzip des Verbraucherschutzes erkannt, als er bei der Debatte um das Abzahlungsgesetz ausführte: "und für Privilegien werden meine Parteigenossen und auch ich, wie auf allen anderen Gebieten, auch hier unter keinen Umständen zu haben sein." Reichstagsprotokolle, 35. Sitzung vom 25. I. 1894, S. 873

geht vielmehr darum, bestehende Privilegien abzubauen, um auf diesem Wege mehr materielle Gerechtigkeit und Gleichheit zu verwirklichen. Die Grundlagen der Privilegierung der Unternehmer liegen aber nicht in ihrer Funktion als Verbraucher, sondern in ihrer Funktion als Bezieher von Einkommen aus fremder Arbeit und als Eigentümer großer Teile des gesellschaftlichen Reichtums.

Verbraucherschutz bedeutet daher in erster Linie der generelle Schutz der individuellen Konsumtion und Reproduktion. Eine gesetzliche Regelung hat sich daher entsprechend dem wirtschaftlichen Begriff an der Funktion "verbrauchen" und nicht an der konkreten Person "Verbraucher" zu orientieren. Inwieweit sich aus der besonderen gesellschaftlichen Lage bestimmter Personengruppen ein größeres oder geringeres Schutzbedürfnis, das zu Ausnahmen zwingt, ergibt, ist gesondert zu untersuchen, wobei insbesondere kompensatorische Möglichkeiten bestimmter Verbrauchergruppen sowie die Bedeutung der betroffenen Bedürfnisse eine Rolle spielen.

III. Die Schutzwürdigkeit konkreter Verbrauchergruppen

1. Einschränkung nach personellen Kriterien (persönlicher Schutzbereich)

Das erreichte Einkommen ist der wichtigste Faktor zur Sicherstellung des Verbrauchs [1]. Reicht das Einkommen gerade zur Befriedigung der durchschnittlichen Bedürfnisse aus, so bedeutet jede Qualitätsverschlechterung, jede Täuschung über den Gebrauchswert einer Ware und jede unerwartete sonstige Kostenbelastung, soweit sie nicht durch Preisnachlaß oder Schadensersatz kompensiert wird, daß die

1) Dies wird auch von Katona, Die Macht des Verbrauchers, 1962 S. 39 ff., nicht geleugnet.

individuelle Reproduktion nicht mehr gesichert ist. Jede Einflußnahme im dargestellten Sinne auf einen Haushalt, dessen Einkommen zeitweise oder regelmäßig für die durchschnittliche Reproduktion nicht ausreicht, potenziert den Konsumdruck, da die Verzichtbarkeit der Arten individueller Konsumtion, die einem solchen Haushalt verbleiben, überproportional abnimmt. Umgekehrt lassen sich die meisten Einschränkungen der Konsumtionsmöglichkeit kompensieren, wenn das verfügbare Einkommen die durchschnittlichen Reproduktionskosten übersteigt und damit eine Ersatzbeschaffung oder die Reparatur auf eigene Kosten möglich ist. Wer über genügend finanzielle Mittel verfügt, kann sich auch durch eine Überbezahlung bei einigen Warenarten Qualitätsgarantie und ehrliche Aufklärung erkaufen [1]. Der Grad der Betroffenheit von der strukturellen Bedrohung der individuellen Konsumtion durch das erwerbswirtschaftliche Prinzip ist also von Einkommen und Vermögen abhängig.

Die besondere Stellung der Unternehmer und einiger freiberuflich Tätigen (z. B. Ärzte, Geschäftsanwälte etc.) sowie vieler leitenden Angestellten in ihrer Funktion als Verbraucher besteht darin, daß sie die strukturellen Benachteiligungen kompensieren können, da zum einen ihr Einkommen z. T. weit über den für Konsumausgaben nötigen Kosten liegt (was sich in ihrer hohen Sparquote ausdrückt), und das Eigentum an Produktionsmitteln in Mittel zum persönlichen Verbrauch verwandelt werden kann [2].

Demgegenüber hat die Masse der Bevölkerung, insbesondere also die lohnabhängigen Verbraucher, ein Einkommen, das die laufenden Reproduktionskosten nicht übersteigt, ohne daß sie auf andere liquidierbare Vermögensteile zurückgreifen

1) Z. B. Reformhaus, Fachgeschäfte, Maßschneiderei, Luxus-Wagen etc.
2) Z. B. die Verrentung der Eigentumsansprüche des Krupp-Erben Arndt von Bohlen und Halbach.

könnten [1]. Durch Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, Stellenwechsel, Krankheit, Wohnraumkündigung und Unfälle ist ihr Einkommen zusätzlich noch besonderen Einschränkungen ausgesetzt [2]. Ebenso wie bei Rentnern, Sozialhilfeempfängern, aber auch bei Kleingewerbetreibenden macht sich bei ihnen die strukturelle Benachteiligung in der individuellen Konsumtion mit voller Schärfe bemerkbar, und zwar um so stärker, je geringer und instabiler das Einkommen ist.

Hieraus läßt sich jedoch nicht die Konsequenz des gruppenbezogenen abgestuften Verbraucherschutzes ziehen, da die Ungleichheit nicht im Konsum, sondern in der Ungleichheit von Höhe und Stabilität der Einkommen liegt und dort auszugleichen ist.

2. Einschränkung nach sachlichen Kriterien

Demgegenüber ist aber neben der allgemeinen Festlegung von Mindeststandards für Werbung, Aufklärung und Verkäuferverhalten sowie Gebrauchswertgarantien und entsprechenden Haftungstatbeständen eine Abstufung des Verbraucherschutzes nach Konsumarten entsprechend ihrer Verzichtbarkeit und ihrer Verbreitung möglich. Nahrungsmittel, Wohnraum, Bekleidung, medizinische Versorgung, Hausrat, Massenkommunikationsmittel, Urlaub und Bildung sind Konsumgüter, deren Verbrauch entsprechend ihrer Bedeutung für die Bevölkerung durch staatlichen Eingriff nach Qualität und Preis sichergestellt werden müßte. Dies läßt sich in einem Konsumentenkreditgesetz in der Weise berücksichtigen, daß für den Schutzbereich des Gesetzes eine Obergrenze der Kredithöhe bestimmt wird, da mit großer Wahrscheinlichkeit Kredite, die weit über den Preisen der notwendigen Gegenstände liegen, Erwerbungen betreffen, bei denen die individuelle Reproduk-

1) Durchschnittliches Sparvermögen der Lohnabhängigen 1976 ca. ein Monatslohn.
2) Dazu s. o. S. 365 ff.

tion nur eine untergeordnete Rolle spielt. Während Art. 2 d
US-amerikanischen Uniform Consumer Credit Code [1] die
Grenze bei $ 25 000 Dollar (ca. 52 600,- DM) setzt, be-
schränkt der britische Consumer Credit Act 1974 den
Schutzbereich auf Geschäfte bis zu 5 000 Pfund Sterling (ca
20 000,- DM).[2] Der Durchschnittsbetrag der Konsumentenk
dite der Teilzahlungsbanken der Bundesrepublik lag 1968, a
er zum letzten Mal angegeben wurde, unter 4 000,- DM [3].
Die Anschaffung eines Pkw oder die Wohnungsmodernisierun
erreicht heute bereits Kosten bis zu 25.000,- DM, ohne da
dabei ein besonderer Luxus erreicht wird. Die Privatdarleh
der Banken sind 1976 entweder auf 30.000,- DM generell b
grenzt oder aber oberhalb dieser Summe gelten besondere
Bedingungen. Diese Begrenzung dürfte über 99 % aller Kons
mentenkredite einschließen und gleichzeitig jene Kredite aus
schließen, in denen individueller Konsum und Kapitalanlage
nicht mehr zu trennen sind. Sie sollte in eine gesetzliche
Regelung übernommen werden.

Ein Konsumentenkreditgesetz hat ferner klarzustellen, daß e
nur natürliche Personen schützt, da nur bei ihnen die Unver
zichtbarkeit der Konsumtion gegeben sein kann [4]. Da die
Schutzwürdigkeit der Verbraucher aus dem Gewinninteresse
der Kreditgeber herrührt, ist ferner ebenso wie in den ang-
loamerikanischen Gesetzen der Schutzbereich des Gesetzes
auf geschäftsmäßig gewährte Kredite zu begrenzen [5]. Durch
diese Begrenzung wird ein Ausschluß von Kleinstkrediten
überflüssig, wie es die angloamerikanischen Gesetze und de
Entwurf der EG-Kommission [6] vorsehen, da Gefälligkeits-

1) Diamond (Ed) a.a.O. S. 197; ebenso schon § 1603 CCPA, USCA a.a.O.
2) Goode, a.a.O. S. 85, im Hire-Purchase-Act waren vorher nur 2000 Pfund bestimmt
3) Wirtschaftsverband der Teilzahlungsbanken, Jahresbericht 1968 S. 9
4) So in allen Verbraucherschutzgesetzen (z. B. § 1603 CCPA)
5) und 6) siehe S. 498.

darlehen unter Privaten bereits ausgeschlossen sind und gerade Kleinstkredite Ausdruck besonderer Armut und daher besonderer Schutzbedürftigkeit der Kreditnehmer sein können.

Wohnungsbaukredite sollten in den Grenzen bis zu 30.000,- DM generell nicht ausgenommen werden, da sie einem der wichtigsten Konsumbedürfnisse des Menschen, dem Wohnen, dienen und im übrigen die schwierige Abgrenzbarkeit zur Wohnungsmodernisierung erhebliche Rechtsunsicherheit schaffen würde. Demgegenüber sollten jedoch durch Grundpfandrechte gesicherte Kredite ausgenommen werden, da bei ihnen die typischen Merkmale des Konsumentenkredits, die Einkommensbezogenheit und der Wertverfall der Sicherheit nicht gegeben sind und daher in diesem Bereich ohnehin günstigere Bedingungen bestehen [1]. (Vgl. unten S. 512 § 3 Abs. 1 E-KKG)

3. Einbeziehung gewerblicher Kredite an Kleingewerbetreibende ?

Die Problematik der Einbeziehung der Kleingewerbetreibenden in den Schutzbereich des Gesetzes ist der Prüfstein der zugrunde liegenden Ableitung. Da eine Ausgrenzung nach Personengruppen sich nicht legitimieren läßt, sind ihre Konsumenteressen im Gegensatz zur Auffassung von Tonner [2] ebenso zu schützen wie diejenigen anderer Verbraucher. Fraglich bleibt jedoch, ob die Kleingewerbetreibenden, die oft durch finanzierte Dauerverträge, Gaststättenpachtverträge mit Bier-

---

5) von S. 497:
Ebenso § 1602 (f) CCPA "wer regelmäßig Kredite gibt oder vermittelt, für die die Zahlung von Kreditkosten vereinbart wird"; Art. 2 II. EG-Entwurf: "in Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit"

6) Art. 4 II EG-Entwurf; § 1638 a (7) CCPA: $ 75, England: nicht mehr als zwei Raten und bei freien Krediten effektiver Jahreszins unter 10 % p.a. (Goode, a.a.O. S. 88); ähnlich section 1.301 (11) UCCC

1) Ebenso Art. 4 I EG-Entwurf; § 1603 Abs. 2 CCPA

2) DuR 2'75, 128

lieferungsverträgen und Automatenaufstellverträgen zur Abna bestimmter Warenmengen durch die Kreditgeber und Liefera ten gezwungen werden, nicht den Verbrauchern gleichzustell sind, da sie ebenso schutzwürdig erscheinen [1].

Die Geschichte des Verbraucherschutzes zeigt demgegenüber daß die Vermischung der Interessen der Verbraucher und d Kleingewerbes wichtige rechtliche und ideologische Ziele ve folgte. Mit dem Hinweis auf den Niedergang des Mittelstand versuchte man, gleichzeitig die Verschlechterung der Verbr chersituation in Zusammenhang zu bringen [2]. Dadurch gela es, den Wettbewerb als entscheidende Legitimationsgrundlag des Systems [3] immer wieder als Heilmittel im Verbrauche schutz hinzustellen. Die Logik dieser Verknüpfung besteht darin, daß man über die Identifikation der Schutzwürdigkeit beider Gruppen auch die Ursache für diese Schutzbedürftigk miteinander identifiziert. Beim Kleingewerbe erscheint es d bei relativ leicht, den schwindenden Wettbewerb als Ursach zu diagnostizieren. Mittelstandspolitik erhält somit den Schein erschöpfender Verbraucherpolitik. Daß diese in Fran reich konsequent durchgeführte Politik aber konkret gerade den Interessen der Verbraucher widersprechen kann, hat z. B. Calais-Auloy für das Gesetz zum Schutz des Handwer und Kleinhandels in Frankreich (loi Royer) gezeigt [4].

Der entscheidende Unterschied der Situation des Kleingewer betreibenden zur Situation des Verbrauchers liegt darin, da er mit dem gleichen Interesse die zur Weiterveräußerung m

---

1) So der Vorschlag von Roppo, a.a.O. S. 120
2) In dieser Problematik wie hier Tonner, Verbraucherschutz und Klassentheorie, DuR 3' 76, 241 (242 f.), jedoch mit der Konsequenz, diese aus dem Verbraucherschutz wegen diese Verbindung auszuschließen.
3) Huffschmidt, Die Politik des Kapitals, S. 67
4) La loi Royer et les Consommateurs, Recueil Dalloz Sirey, 1974, 16ieme Cahier - Chroniqué - XVIII, S. 19 ff.

oder ohne Weiterverarbeitung bestimmten Waren erwirbt, wie ihr Verkäufer. Auf den Erwerb und die Veräußerung bestimmter Waren kann er prinzipiell verzichten, da er ebenso wie ihr Veräußerer nur ein Interesse an ihrer Geldform hat. Die Schutzwürdigkeit der Kleingewerbetreibenden, Kleinhändler und Bauern muß daher aus einer anderen strukturellen Benachteiligung wie derjenigen des Verbrauchers abgeleitet werden. Kleine Bauern, Handwerker und Kleinhändler existieren nur scheinbar aus den Gewinnen ihrer Geschäfte mit dem privaten Kunden. Ihr "Gewinn" als das Ergebnis ihrer Tätigkeit, die oft den Acht-Stunden-Tag erheblich überschreitet, erreicht oft nicht einmal die Lohnhöhe, die dieselbe Arbeit in abhängiger Beschäftigung erzielen würde. Zwar meinen sie oft selbst, daß sie eher den großen Unternehmen als dem Lohnarbeiter gleichen und ihr Geschäft als ihr Kapital den Gewinn abgeworfen hätte. Sie vergessen jedoch dabei, daß sie sich selbst als Arbeiter eingestellt haben, ohne dabei den Lohn auszuzahlen. Ihr Gewinn resultiert daher daraus, daß sie sich ihre eigene Arbeit nicht entlohnen [1]. Nicht die Übervorteilung der Konsumenten ist jedoch die Quelle seines Einkommens, sondern seine Arbeitsleistung ist Garant seiner individuellen Konsumtion, die ebenso wie diejenige der Arbeiter und Angestellten bedroht ist [2].

---

1) "Der unabhängige Bauer oder Handwerker wird in zwei Personen zerschnitten. Als Besitzer der Produktionsmittel ist er Kapitalist, als Arbeiter ist er sein eigener Lohnarbeiter. Er zahlt sich also sein Salair als Kapitalist und zieht seinen Profit aus seinem Kapital, d. h. er exploitiert sich selbst als Lohnarbeiter und zahlt sich in dem surplus value den Tribut, den die Arbeit dem Kapital schuldet." (Marx, Theorien über den Mehrwert, Bd. 1 MEW 26, 1 S. 383). In Wirklichkeit ist "er selbst in sich gespalten, so daß er als Kapitalist sich selbst als Lohnarbeiter anwendet." (a.a.O. S. 384)

2) Wie weit die Mittelschichten in der Bundesrepublik hiervon nocht entfernt sind, erfährt man, wenn man etwa die Einleitung zum 26. Arbeitsbericht der Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels liest, die ein Loblied auf die Unternehmerfreiheit ist. In Frankreich deuten sich dagegen Prozesse wie die Auseinandersetzung zwischen den Händlerkooperati-

Forts. s. S.

Durch die wachsende Konzentration auf dem Markt besteht
keine Chance mehr, daß dies durch die Ausweitung des Be-
triebes grundlegend geändert werden könnte. Gleichzeitig s
sie sich wesentlich größeren Unternehmen ausgeliefert, vo
ren Zulieferung oder Abnahme sie abhängen. Ausdruck dies
Abhängigkeit ist der Umstand, daß sie sich regelmäßig der
gemeinen Geschäftsbedingungen dieser Unternehmen unterw
fen müssen [1]. Im Gegensatz zum Konsumtionsverhältnis b
ruht ihre Benachteiligung auf einem Machtverhältnis, das a
grund einer Kräfteverschiebung zwischen qualitativ Gleiche
entstanden ist, bei dem der Stärkere den Schwächeren aus
Die Schutzbedürftigkeit dieser Kleingewerbetreibenden eben
wie der Bauern liegt darin, daß der Inhalt ihrer berufliche
Tätigkeit von Lieferanten, Großabnehmern und Kreditgeberr
bestimmt wird und die Risikoverteilung sowie Preisgestaltu
in einer Weise erfolgt, daß das Einkommen einem beständi

---

2) Forts. von S. 500:
ven (Centres Leclerc) und der Kleinhändlerorganisation unt
ihrem Führer Nicou an, in denen in den eigenen Reihen die
Weggabelung zu sozial gesichertem Einkommen durch Koop
ration und zurück zur Konkurrenz der Kleinen sichtbar wir
Typisch ist dabei, daß mit dem loi Royer die Position Nico
gefestigt und die Einrichtung neuer centres Leclerc gegen
Interessen dieser Händler und der Verbraucher genehmigu
pflichtig wurde.

1) Die Mechanismen dieser Schwächung werden etwa bei dem
sammenschluß selbständiger Einzelhändler zu sog. "freiwi
gen Handelsketten" auf Initiative eines Großhändlers deutli
Jarowinsky (Monopolisierung im Einzelhandel der BRD, IP
Forschungshefte Berlin (DDR) 2, 1972, S. 67-69) beschrei
dies folgendermaßen: "Die freiwilligen Handelsketten sind
Zusammenschlüsse von Großhändlern mit den kapitalkräfti
sten Einzelhändlern unter Leitung und Vormachtstellung de
Großhändlers ... Die Kettengroßhändler verlangen, daß di
Einzelhändler den Hauptteil ihres Bedarfs vom Großhändle
beziehen. ... Die Kettenzentrale fordert von den Einzelhär
lern, daß sie sich dem Diktat des Großhändlers völlig unte
werfen ... Die Einzelhändler können weder die Sortimente
noch die Werbung noch die Abrechnung selbst bestimmen.
Die Tätigkeit der Einzelhändler ist in den 'freiwilligen Ha
delsketten' nur noch auf die reine Verkaufstätigkeit be-
schränkt."

Druck ausgesetzt ist. Es geht daher nicht um die individuelle Konsumtion, sondern um das Einkommen des Kleingewerbetreibenden, nicht um Probleme des Gebrauchs der Waren, sondern um die Fremdbestimmung seiner Tätigkeit und nicht um die Reproduktion seines Körpers, sondern um deren finanzielle Voraussetzung.

Durch die Machtverschiebung auf dem Markt wird die Möglichkeit des Kleingewerbetreibenden, sich aus seinem Gewinn seinen Lohn selbst zu bestimmen, dahin verändert, daß die Banken gemeinsam mit den Ölfirmen faktisch zu Arbeitgebern der Tankstellenpächter, zusammen mit den Brauereien zu Arbeitgebern der Gaststättenpächter, mit den Lebensmittelkonzernen zu Arbeitgebern der Bauern, mit den Großhändlern zu Arbeitgebern des Einzelhandels usw. geworden sind. Die quantitative Verschiebung der Macht zwischen verschiedenen Kaufleuten oder Gewerbetreibenden ist damit teilweise bereits in ein Lohnarbeitsverhältnis mit Direktionsrecht, Dauerverpflichtung, jedoch ohne Arbeitsschutz und Kündigungsschutz umgeschlagen. Nur die juristischen Formen der Pacht, Miete, Kauf, Darlehen täuschen noch die Selbständigkeit vor, die materiell längst aufgegeben wurde. Mit dieser Entwicklung ist der Kleingewerbetreibende in die bereits hinreichend analysierte und allgemein akzeptierte Schutzwürdigkeit der Funktion Arbeitnehmer hineingewachsen. Der Schutz der selbständigen Handwerker, Kleinhändler und Bauern ist daher in dem Bereich arbeitsrechtlichen Denkens zu entwickeln, wie es mit dem Heimarbeitsgesetz für diese Art von "selbständigen Werkunternehmern" bereits geschehen ist.

Da Arbeit und Konsum jedoch gegenüber der Kapitalverwertung das entscheidende Merkmal der Verknüpfung der Person mit dem wirtschaftlichen Prozeß gemeinsam haben, kann eine entsprechende Anwendung von Verbraucherschutzregeln erfolgen, solange der Arbeitsschutz nicht auf sie erstreckt worden ist[1]

1) Vgl. unten S. 512 § 3 Abs. 2 E-KKG

IV Abgrenzung Kredit - Miete (Leasing)

Für ein zukünftiges Konsumentenkreditgesetz wird die Abgrenzung entscheidend sein, wann es sich um einen Konsumentenkredit und wann um eine Miete handelt. Diese Frage wird im Rahmen des § 6 AbzG bereits heute erörtert, um die Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes auf das Leasing bzw. die entsprechende Anwendbarkeit auf das Finanzierungsleasing festzustellen. Dabei ging es in dieser Diskussion vordergründig um die Frage, was die "Zwecke eines Abzahlungsgeschäftes" sind und welches demgegenüber der Inhalt der Leasing-Verträge ist. Da § 6 AbzG eine wirtschaftliche Betrachtungsweise verlangt [1], war es auch nach geltendem Recht unerheblich, welchen der zahlreichen Meinungen zur Rechtsnatur des Leasingvertrages [2] man folgte [3]. Gleichwohl finden sich letztlich doch juristische Kriterien, wenn etwa der BGH [4] darauf abstellt, ob ein "festes Recht auf den Erwerb ausdrücklich eingeräumt wird oder doch zumindest die Übertragung des Eigentums Endziel des Geschäftes ist."

Das LG Münster [5] entfernt sich demgegenüber schon vom juristischen Instrumentarium, wenn es "eine - wirtschaftlich gesehen - eigentümerähnliche Stellung" ausreichen läßt. Noch deutlicher erfaßt das LG Bonn [6] den wirtschaftlichen Tatbestand, wenn es darauf abstellt, ob "der Vermieter mit der

---

1) So schon die Motive nach Ostler/Weidner, AbzG § 6 Anm. 3
2) Mietvertrag: Book, Leasing in Deutschland, Leasing-Handbuch, 2. Aufl. 1968 S. 167 ff., S. 194; Geschäftsbesorgung: Koch/Haag, Die Rechtsnatur des Leasing-Vertrages BB 68, 93 (96); Gemischter Vertrag: Binder, Rechtsnatur und Inhalt des Leasing-Vertrages, Diss. Köln 1967 S. 40; Rechtskauf: Plathe, Die rechtliche Beurteilung des Leasinggeschäftes, Diss. München 1969 S. 157, 193
3) Ostler/Weidner, a.a.O. Anm. 42 a
4) NJW 74, 365 (366); 77, 1058; 848
5) NJW 75, 2070
6) NJW 74, 2006

Überlassung der Sache auf bestimmte Zeit in erster Linie den Erwerb des Entgelts mindestens in der Höhe ihres Substanzwertes (bezweckt)".

Mit dem Begriff des "wirtschaftlichen Eigentümers" [1] versucht man im Grunde nur, den Begriff des "persönlichen Verbrauchs", der dem bürgerlichen Recht fremd ist [2], mit dem Begriff "Eigentum" zu erfassen [3]. Der Eigentumsbegriff schließt zwar das Recht zum Verbrauch ein, ist jedoch weder hierdurch geprägt noch heute das einzige Rechtsinstitut, das zum Verbrauch berechtigt [4]. So erklärt sich auch der Umstand, daß das Leasing überwiegend als "Lieferungs- und Leistungsvertrag" i. S. des § 11 Nr. 10a AGB-G angesehen wird [5], beides typische Merkmale eines Kaufs. Diese wirtschaftlichen Erkenntnisse werden dann jedoch wieder durch eine formal-juristische Betrachtungsweise aufgehoben.

Das Leasing sei ein Mietvertrag, weil nach den vorgedruckten Vertragsformularen die Konsummöglichkeit "ausdrücklich gemietet" [6] oder weil "die Parteien ... durch die Formulierung des Vertragstextes eindeutig zu verstehen gegeben (haben), daß sie den Vertrag als Mietvertrag ... verstanden wissen wollen." [7]

Der "Substanz-Übergang" wird juristisch wieder hinwegdefiniert, indem "auf den - in der Regel dem Vertragswortlaut unschwer

---

1) Ostler/Weidner, AbzG, § 6 Anm. 42 a
2) Schneider, BB 74, 764, der auf die Ausnahme des § 92 BGB, wo die Weiterveräußerung auch zum "Verbrauch" gerechnet wird, hinweist.
3) Für seinen Ansatz im Verbraucherschutz erstaunlich formal nimmt Reich (Abzahlungsrecht und Verbraucherschutz, JZ 75, 550, 554; ders. JuS 73, 480 (483)) das Finanzierungs-Leasing für den Regelfall als "Überlassungsgeschäft" vom Schutz des AbzG aus. Das Verhältnis von Überlassung und Veräußerung als Formbestimmungen des Verbrauchs wird nicht thematisiert.
4) Vgl. zum Anwartschaftsrecht oben S. 472 ff.
5) bis 7) siehe S. 505

zu entnehmenden - Umstand abgestellt (wird), ob in dem Ve trag, ... dem Leasingnehmer ein Erwerbsrecht eingeräumt worden ist und sich damit die Übertragung des Eigentums a Endziel des Geschäftes darstellt." [1]

Wesentlich konsequenter an der wirtschaftlichen Funktion orie tiert ist dagegen die in der Literatur herrschende Auffassung, wonach der Substanzübergang danach festgestellt wird, ob die Mietkosten in der Grundmietzeit die Herstellungskosten einschließlich Zinsen und Gewinn erreichen [2]. Wirtschaftlich, un so ist auch das Abzahlungsgesetz auszulegen (vgl. § 6 AbzG), kommt es darauf an, ob es sich beim Leasing um einen Konsumentenkredit handelt, d. h. ob der Gegenstand zum Verbrauch übergeben wird ("Substanzübergang") [3] und ob der Wert hierfü kreditiert wird [4]. Der entscheidende Unterschied liegt somit nicht zwischen Kauf und Miete, sondern zwischen Konsumenten kredit und Miete [5], d. h. ob die Nutzung von Sachkapital oder Geldkapital im Vordergrund steht.

Während der Kredit die Bereitstellung der Kaufkraft für den Erwerb eines Konsumgutes oder einer Dienstleistung ist, bezeichnet die Miete die Gebrauchsüberlassung auf Zeit. Streng genommen ist daher überhaupt nur die Miete von Gegenstän

---

5) von S. 504:
Blomeyer, Das Finanzierungsleasing unter dem Blickwinkel der Sachmängelhaftung und des Abzahlungsgesetzes, NJW 78, 973 (975) m. w. Nachw., und daß trotz Annahme eines Mietvertrages es als möglich gilt, daß die Substanz der überlassenen Sache endgültig beim Leasingnehmer verbleibt (BGH NJW 77, 848 (849); 77, 195; 74, 365

6) BGH NJW 77, 847

7) OLG Ffm NJW 77, 200

1) BGH NJW 77, 848 (849) unter Berufung auf Reich, Vahlens Rechtsbücher, Reihe Zivilrecht, Bd. 3, Vertragsschuldverhältnisse, S. 72 f. u. a.

2) Palandt-Putzo, BGB, § 6 AbzG Anm. 2 b bb; Ostler/Weidner AbzG, § 6 Anm. 42a; OLG Köln, NJW 73, 1615

3) Blomeyer NJW 78, 976

4) Verhältnis von W arenwert und Gesamtkosten in der Grundmietzeit

5) Dies ist auch für Blomeyer NJW 78, 976, letztlich entscheidend, wenn er trotz Annahme der Miete die Anwendbarkeit des AbzG bejaht.

den möglich, deren Gebrauchswert durch den Gebrauch sich nicht vermindert wie z. B. Grundstücke für den Hausbau. Fast alle übrigen Gegenstände verbrauchen sich demgegenüber in der Zeit ihres Gebrauchs.

In jeder zeitlichen Überlassung der Nutzungsmöglichkeit von Gegenständen außer dem Boden liegt daher der Erwerb eines Teils dieser Gegenstände durch Verbrauch [1]. Daran ändert sich auch nichts, wenn, wie bei der Wohnraummiete, regelmäßig der Mieter verpflichtet ist, den Verbrauch durch die Übernahme der Erhaltungskosten zu kompensieren. Erwerb und Miete sind somit keine Gegensätze, sieht man von der Miete allein eines Grundstücks ab. Die Unterscheidung hat somit keine qualitativen, sondern allein quantitative Elemente. Qualitativ stellt der Mietzins somit ebenso die Kaufkraft für den Erwerb eines Konsumgut(teiles) dar wie Kaufpreis und Werklohn, so daß für die Schutzbedürftigkeit kein Unterschied zwischen Miete und einem finanzierten sonstigen Erwerb besteht. Beide Rechtsformen regeln die individuelle Konsumtion. Die materielle Unterscheidung kann allein daran anknüpfen, ob der Erwerber eines Konsumgutes dieses insgesamt oder nur teilweise verbrauchen will. Da von dem vollständigen Verbrauch bis zum fast verschwindend geringen Verbrauch alle Stufen denkbar sind, ist eine Unterscheidung, die allein die vollständige Verbrauchbarkeit als Erwerb entsprechend dem Abzahlungsgeschäft [2] bzw. als Erwerb i. S. des Konsumentenkredits gelten lassen will, willkürlich. Wirtschaftlich läßt sich keine absolute Grenze festlegen, so daß eine rechtliche Setzung zu erfolgen hat, die bestehende Regeln berücksichtigt. Die Regeln über die Miete gehen davon

1) Vgl. § 548 BGB, der mit dem Wort "Verschlechterungen" den Verbrauch anspricht.
2) So Mosel, Leasing contra Abzahlungsgesetz, NJW 74, 1454 (1456)

aus, daß die gemietete Sache nur geringfügig verbraucht w
d. h. daß es sich um Gegenstände handelt, die eine beson
lange Verbrauchsdauer haben und die vom Mieter nur für
in Bezug auf den Gesamtverbrauch nicht erhebliche Zeit ge
nutzt werden [1].

Die Regeln des Mietrechts bestimmen dementsprechend nic
über den Fall, daß eine Sache mit der Bestimmung überla
wird, daß sie weitgehend verbraucht werden soll. Eine sin
le Regelung für die Abgrenzung von Kredit und Miete hätte
her unter Kredit alle jene Verhältnisse zu erfassen, in de
der Erwerb zum "überwiegenden Verbrauch" durch den Er
ber erfolgen soll. Dies wird in der Regel der Fall sein, w
das Konsumgut länger als die Hälfte seiner Verbrauchsdau
in den Händen des Erwerbers sein soll. Ob dabei, wie in
Rechtsprechung [2] vertreten wird, die Höhe der entrichtete
Raten ein tauglicher Parameter ist, läßt sich nicht allgeme
entscheiden, da darin u. U. Erhaltungskosten mitenthalten
sind. Eher würde sich schon der Weiterverkaufspreis zum
Zeitpunkt der Vertragsbeendigung im Verhältnis zum Preis
Erwerb des Gegenstandes als Anhaltspunkt anbieten. Da es
sich je nach Wertverlust und Beschaffenheit der erworbene
Sachen um Tatsachenurteile handelt, sollten sie dem Richt
überlassen bleiben.

Mit einer solchen Regelung wäre zugleich das weitere Pro
blem gelöst, ob ein Kredit, der nicht den vollständigen Ve
brauch der auf Kredit erworbenen Sache durch den Kreditn
mer finanziert, sondern in dem bestimmungsgemäß wie etw
beim Leasing oder regelmäßig wie beim Neukauf von Pkw
eine Weiterveräußerung eines Restes an nicht verbrauchten

---

1) Vgl. § 556 Abs. 1 BGB, wo davon ausgegangen wird, daß d
Sache nach Beendigung der Mietzeit nicht verbraucht ist,
sondern zurückgegeben werden kann, ebenso § 535 BGB "G
brauch"; § 578 BGB "Überlassung"

2) LG München a.a.O.; sowie die oben S. 505 Fn. 2 Genan

Gebrauchswert des Konsumgutes erfolgt, als Konsumentenkredit oder als Investitionskredit anzusehen wäre, da er zwar wirtschaftlich in zwei Teile zerfällt, rechtlich jedoch eine einheitliche Behandlung erfolgen muß.

In diesen Fällen, in denen zwei miteinander konkurrierende Zwecksetzungen eine notwendig einheitliche rechtliche Qualifikation an sich verbieten, ist es sinnvoll, an der "überwiegenden" Bestimmung festzumachen. Leasing und Finanzierungs-Leasing gehören daher zum Konsumentenkredit, soweit durch sie der überwiegende Verbrauch eines Konsumgutes durch den Erwerber vermittelt werden soll.

V Regelung zum Nichtratenkredit

Der Ratenkredit ist die typische Form des Konsumentenkredits, da er die Entsprechung zum monatlichen Einkommen der fast ausschließlich lohnabhängigen Konsumenten ist. Der Nichtratenkredit in den Formen des Konto-Überziehungskredites, des Kreditdauerkontos bei Warenhäusern, der Kreditkarten ist als Form schleichender Verschuldung, bei der der Kreditnehmer oft nicht merkt, daß er sein monatlich verfügbares Einkommen in einer Weise überzogen hat, daß eine Rückzahlung innerhalb der Rückzahlungsfrist nicht möglich ist, meist eine Vorstufe zur Verschuldung im Ratenkredit. Die sich aus dieser Geschäftspolitik ergebende gesetzgeberische Konsequenz liegt darin, den Kreditgeber zu verpflichten, einen Nichtratenkredit zu den üblichen Konditionen in einen Ratenkredit ohne weitere Belastungen umzuschulden, um zumindest auf diese Weise dem Kreditnehmer einen geringen Schutz vor Fehlkalkulationen zu geben. Im übrigen sollten die Vorschriften, soweit sie ihrem Sinn nach auf den Nichtratenkredit passen, Anwendung finden. Der Wortlaut einer gesetzlichen Regelung hierzu wird unten S. 516 in § 14 E-KKG vorgeschlagen.

VI Schutz vor unlauterer Werbung

Aus dem Grundverständnis von individueller Konsumtion, Angleichung von Konsum- und Einkommensperiode und strukturellem Gegensatz der Interessen sind die weiteren Bestimmungen für die Bereiche wie Werbung, Angebotsehrlichkeit und Vergleichbarkeit der Kredite abzuleiten. Das Problem der Werbung wird durch die sozialbezogene Interpretation der Leistungsinhalte bereits dogmatisch gelöst, indem dem Kreditgeber der Erklärungsinhalt seiner Werbung, wie ihn der Konsument verstehen mußte und sollte, als Willenserklärung auch für den konkreten Vertrag zugerechnet wird. Ist in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen etwas anderes bestimmt als was er dem Kunden in der Werbung oder nachweisbar im Verkaufsgespräch vermittelt hat, so muß dieser Widerspruch zu seinen Lasten ausgelegt werden [1]. Am Beispiel der immer noch üblichen Monatszinsangaben läßt sich dies verdeutlichen. Wenn z. B. ein Kreditgeber einen Kredit mit 0,5 % pro Monat Zinsen anbietet, so erweckt er mit dieser objektiv unrichtigen Angabe den Anschein, als ob es sich um einen Kredit mit 6 % Jahreszinsen handelt. Die in den Geschäftsbedingungen niedergelegte Erklärung, daß es sich dabei um Zinsen handelt, die jeweils auch auf nicht-mehr kreditierte Summen bezogen sind, ein in der Finanzrechnung absolut unzulässiges Verfahren, kann ihn nicht davon befreien, daß er ein Angebot auf Abschluß eines Kredites zum effektiven Jahreszinssatz von 6 % gemacht hat. Dies muß selbst dann gelten, wenn etwa wie bei der Noris-Bank zusätzlich der tatsächlich gemeinte effektive Jahreszins angegeben wird, da die Erklärung "0,75 % Zinsen pro Monat, 2 % Bearbeitungsgebühr, bei 24 Monatsraten 19,2 % effektiver Jahreszins" perplex ist. Es ist nicht möglich, Zinsen für Kredite auf eine Summe zu berechnen, die gar

---

1) A. A. die herrschende Rspr. vgl. BGH NJW 67, 190 = BGHZ 48, 118

nicht kreditiert wird, so daß hier ein Effektiver Jahreszins von 11 % herausgelesen werden muß. Das gleiche gilt für jenes zweifelhafte Verfahren, die zur Auszahlung gelangende Summe auf z. B. "95 % der Kreditsumme" zu begrenzen. Kreditsumme ist die kreditierte Summe, und es ist widersprüchlich, eine Summe als Kreditsumme zu bezeichnen, die dem Konsumenten nicht zur Verfügung gestellt werden soll. Neben der interpretatorischen Einbeziehung der Werbung hat das Gesetz daher bestimmte Begriffsinhalte verbindlich festzulegen, auf deren Inhalt der Konsument sich auch dann berufen kann, wenn ihr Inhalt durch besondere Gestaltungen verfälscht werden soll.

Der Verbraucherschutz gegen unlautere Werbung ist daher innerhalb der Vertragsverhältnisse zu gewährleisten. Entsprechend müssen auch die Sanktionen für falsche Angaben oder irreführende Werbung aus dem Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Verbraucher und Kreditgeber abgeleitet werden, wie z. B. die Bestimmung, daß bei unvollständigen Angaben die Pflicht des Verbrauchers entfällt, Zinsen und Gebühren zu zahlen. Eine "abstrakte" Bekämpfung unlauterer Werbung, wie sie bisher durch das UWG erfolgt, ist für den Verbraucher weitgehend uninteressant, da er kein Interesse an dem Verbot der Werbung als solche hat, sondern diese nur Teil im Prozeß seines Konsumgütererwerbs ist und daraus ihren Stellenwert und ihre Funktion ableitet. Ihre Wirkung ist für den Verbraucher nicht abstrakt, sondern nur in Bezug auf das konkrete Konsumverhältnis zu bestimmen.

Ein allgemeines Interesse an der Werbung haben dagegen die Konkurrenten in der Wirtschaft, da der faire Wettbewerb in erster Linie die wohlverstandenen Gesamtinteressen kleinerer Betriebe und Marken betrifft. Darüber hin-

aus kann ein öffentliches Interesse daran bestehen, bestim
Werbung wegen ihres sozialen, politischen oder wirtschaftli
chen Inhalts auszuschließen, wenn sie auf Verdunnmung und
Irreführung der öffentlichen Meinung ausgerichtet ist. Die
Verbandsklage der Verbraucherverbände sollte daher aus i
rer abstrakten Bestimmung herausgelöst werden und entspr
chend dem Vertretungsrecht der Gewerkschaften vor den A
beitsgerichten oder als gesetzliche Prozeßstandschaft ausge
staltet werden. Zu den Formulierungen vgl. den Wortlaut
Gesetzesentwurfs §§ 5, 6, 15 (S. 513, 516) E-KKG.

C Wortlaut des Gesetzentwurfes

KONSUMENTENKREDITGESETZ (KKG)-ENTWURF

§ 1 (Konsumentenkredit)
Konsumentenkredit ist die befristete Bereitstellung und Inanspruchnahme von Kaufkraft zum persönlichen Verbrauch unmittelbar an eine natürliche Person.

§ 2 (Ratenkredit)
Ratenweise rückzahlbar ist ein Konsumentenkredit, wenn die Gesamtkreditsumme in mindestens zwei Teilleistungen zurückzuzahlen ist.

§ 3 (Schutzbereich)
Der Schutzbereich dieses Gesetzes erstreckt sich auf alle gewerblich gewährten Ratenkredite mit einer Kreditsumme bis zu 30 000,- DM, die den überwiegenden persönlichen Verbrauch von Gütern oder Dienstleistungen ermöglichen und nicht durch Grundpfandrechte gesichert sind.
Auf Kredite, die von Gewerbetreibenden mit nicht mehr als fünf abhängig Beschäftigten zum Zwecke ihres Geschäftsbetriebes aufgenommen werden, findet dieses Gesetz entsprechende Anwendung.

§ 4 (Konsumentenkreditvertrag)
Im Konsumentenkreditvertrag verpflichtet sich der Kreditgeber, dem Kreditnehmer die Kaufkraft zum Erwerb von Konsumgütern oder persönlichen Dienstleistungen vereinbarungsgemäß zu überlassen und für einen bestimmten Zeitraum zu belassen sowie wie ein selbstschuldnerischer Bürge für die wertmäßige Erfüllung des ihm bekannten (§ 5 Abs. 1 Nr. 8) durch den Kredit finanzierten Erwerbsgeschäftes zu haften.
Der Konsumentenkreditnehmer verpflichtet sich, dem Kreditgeber die Kreditkosten, soweit sie einer Inanspruchnahme des Kredits im berechneten Zeitraum entsprechen, sowie die Kreditsumme entsprechend dem Tilgungsplan aus dem Teil des monatlichen Einkommens zurückzugewähren, der nach Abzug der bei Vertragsschluß angegebenen sonstigen regelmäßigen Zahlungsverpflichtungen und seiner durchschnittlichen Unterhaltungskosten als verfügbarer Teil seines Einkommens verbleibt, es sei denn, die Rückzahlungsverpflichtung ist ausdrücklich auf konkrete andere liquidierbare Vermögensbestandteile oder Erwerbsaussichten des Kreditnehmers bezogen. Zugunsten des Kredit-

nehmers wird vermutet, daß die im Tilgungsplan ver
barten Teilleistungen jeweils sein gesamtes verfügba
Einkommen umfassen.

§ 5 (Inhalt und Form der Vertragsurkunde)
Die auf den Vertragsschluß gerichtete Willenserklärt
des Kreditnehmers bedarf der schriftlichen Form. D
Vertragsurkunde muß unter den nachfolgend festgeleg
Bezeichnungen unmißverständlich enthalten:

1. die als Kredit tatsächlich zur Verfügung gestellte
Kaufkraft in DM (Kreditsumme),
2. die Summe der durch die Kreditgewährung verur-
sachten Kosten wie Zinsen, Gebühren, Versiche-
rungsprämien (Kreditkosten),
3. den Prozentsatz pro Jahr, den die Kreditkosten v
der jeweils tatsächlich kreditierten Summe ausma
chen (effektiver Jahreszinssatz),
4. die Summe aus Kreditsumme und Kreditkosten (G
samtkreditsumme),
5. einen Plan, in dem die Höhe der Anzahlung, der
einzelnen Teilleistungen, deren Fälligkeit und An
sowie die Kreditlaufzeit angegeben ist (Tilgungspl
6. Datum des Vertragsschlusses sowie Namen und A
schrift der Vertragsparteien,
7. die Mehrkosten, die entstehen würden, wenn nach
der Hälfte der Laufzeit des Vertrages die Restkr
ditsumme fällig gestellt und weitere sechs Monat
nicht bezahlt würde, ausgedrückt in einem Jahres
zinssatz der Restkreditsumme (Risikorate),
8. eine Rubrik, in der der Kreditnehmer Verwendun
zweck und den Veräußerer des finanzierten Konsu
gutes bzw. der finanzierten Dienstleistung eintrag
kann sowie dabei den drucktechnisch hervorgehob
nen Hinweis, daß Rechte gegenüber dem Veräuße
dem Kreditgeber nur entgegengehalten werden kön
nen, wenn der Kreditgeber spätestens sieben Tag
nach Abschluß des Vertrages den Verwendungszw
sowie die Person des Veräußerers kannte oder k
nen mußte.

Der Vertrag wird erst wirksam, wenn dem Kreditne
mer eine vollständige Ausfertigung der Vertragsurku
de sowie eine Abschrift dieses Gesetzes ausgehändig
wird.

§ 6 (Nebenabreden und Werbung)
Soweit sich aus mündlichen oder schriftlichen Neben
reden sowie aus allgemein gehaltenen Anpreisungen
Kreditgebers insbesondere in der Werbung in Bezug
die gewährte Kreditart günstigere Rechtsfolgen erge
als sie dieses Gesetz vorsieht, so werden diese Erk

rungen zugunsten des Kreditnehmers so zum Inhalt des Vertrages, wie ein durchschnittlicher Konsumentenkreditnehmer sie verstehen durfte.

§ 7 (Überlegungsfrist)
Bis zum Ablauf des siebenten Tages nach Übergabe des erworbenen Konsumgutes bzw. nach Beginn der Inanspruchnahme der Dienstleistung oder nach Abschluß des Kreditvertrages kann der Konsumentenkreditnehmer durch Absendung je eines eingeschriebenen Briefes an Veräußerer und Kreditgeber vom Erwerbs- und Kreditvertrag zurücktreten. Der Rücktritt bezieht sich auf alle im Zusammenhang mit dem Erwerbs- und Kreditvertrag eingegangenen Verpflichtungen. § 13 Abs. 4 gilt entsprechend.

§ 8 (Sachsicherheiten)
Behält sich der Kreditgeber bis zur vollständigen Bezahlung des Erwerbspreises das Eigentum an dem veräußerten Gut vor, läßt er sich das finanzierte oder ein anderes Konsumgut des Kreditnehmers zur Sicherung des Kredites übereignen oder wird dem Kreditnehmer in anderer Form das Eigentum einer zum Verbrauch erworbenen Sache zur Sicherung des Kredits vorenthalten (Sicherungseigentum), so steht ihm das Eigentum an der Sache nur insoweit zu, wie es der Sicherungszweck gebietet.
Dem Sicherungsgeber steht ein Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Volleigentums als dingliches Verbrauchsrecht am Sicherungsgegenstand (Konsumeigentum) zu, kraft dessen er Dritten gegenüber wie ein Eigentümer und dem Sicherungsnehmer gegenüber zum gewöhnlichen Verbrauch der Sache nach seiner eigenen Bestimmung berechtigt ist.
Das Sicherungseigentum erlischt, wenn die Gesamtkreditsumme entrichtet ist.

§ 9 (Personalsicherheiten)
Eine Vereinbarung, wonach der Kreditnehmer einen Teil seines zukünftigen Lohns oder Gehaltes zur Sicherheit abtritt, ist nichtig.
An Forderungen des Kreditnehmers aus einem Lohn- oder Gehaltskonto gegen den Kreditgeber steht dem Kreditgeber wegen Forderungen gegen den Kreditnehmer aus einem Ratenkredit weder ein Zurückbehaltungs- noch ein Aufrechnungsrecht zu.

§ 10 (Kündigungsrecht)
Die Ausübung vertraglich vereinbarter Kündigungsrechte des Kreditgebers ist nur dann wirksam, wenn den Kreditnehmer am Eintritt des Kündigungsgrundes oder dar-

an, daß sein Eintritt vom Kreditgeber nicht vorhersehen werden konnte, ein eigenes Verschulden trifft.

§ 11 (Zahlungseinstellung)
Ist der Kreditnehmer mit mehr als zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen und mindestens 20 % der Kreditsumme im Verzug, so kann der Kreditgeber die Kreditsumme für sofort fällig erklären oder vom Vertrage zurücktreten, soweit dies vereinbart ist.
Eine vorübergehende Zahlungseinstellung hat der Konsumentenkreditnehmer insoweit nicht zu vertreten, wie sein verfügbarer Einkommensteil auf Grund von Umständen wie wirtschaftliche Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, Krankheit und Unglück sowie Streik eingeschränkt oder belastet wurde, die ihm objektiv nicht zuzurechnen sind und an deren Eintritt ihn kein Verschulden trifft.

§ 12 (Verzugsschaden)
Der Kreditnehmer ist dem Kreditgeber bei Verzug nur zum Ersatz des konkret entstandenen Schadens verpflichtet. Formularmäßige Schadenspauschalierungen sind unzulässig. Die Kosten außergerichtlicher Mahnung und Durchsetzung trägt der Kreditgeber.
Versprechen von Leistungen für den Fall von Störungen der Vertragsabwicklung, die kein Äquivalent einer Gegenleistung oder eines konkreten Schadens sind, sind nichtig.

§ 13 (Wegnahme des Sicherungsgutes)
Die Wegnahme des Sicherungsgutes auf Veranlassung des Sicherungsnehmers gilt als Erklärung des Rücktritts vom Kreditvertrag i. S. der §§ 346 und 348 ff. BGB.
Die Wegnahme ist ausgeschlossen, wenn das Verwertungsinteresse die durch die Wegnahme entstehenden besonderen sozialen Belastungen des Kreditnehmers nicht überwiegt, insbesondere der zu erwartende Verwertungserlös zu den Kosten der Verwertung und dem Wert des Gutes für den Kreditnehmer in keinem angemessenen Verhältnis steht.
Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über den Pfändungsschutz bei beweglichen Sachen finden entsprechende Anwendung.
Für den Gebrauch der Sache und ihre Wertminderung hat der Kreditnehmer einen Preis zu zahlen, der sich als das arithmetische Mittel aus dem Marktpreisverlust und einem Wertminderungssatz ergibt, der sich aus dem im Verhältnis der tatsächlichen Gebrauchsdauer zur voraussichtlichen Verbrauchsdauer herabgesetzten Erwerbspreis berechnet.

Die Ersatzforderung des Sicherungsnehmers wird begrenzt durch die Summe der bereits gezahlten Teilleistungen des Kreditnehmers und den Verwertungserlös.

§ 14 (Nicht-Ratenkredit)
Für Nicht-Ratenkredite gelten die Vorschriften dieses Gesetzes sinngemäß.
Wird der Kredit im Rahmen eines Abrechnungsverhältnisses aufgrund einer Kreditkarte oder ähnlichem gewährt, und liegt die Bestimmung der Kredithöhe im Rahmen bestimmter Grenzen im Belieben des Kreditnehmers (Kontoüberziehungskredit, Kreditkartenkredit, Kundenkontokredit), so ist der Kreditgeber verpflichtet, auf Wunsch des Kreditnehmers ohne besondere Mehrkosten den Kredit in einen üblichen Ratenkredit umzuschulden, wenn der Kreditnehmer glaubhaft macht, daß er die Kreditsumme zu Zwecken des persönlichen Verbrauchs verausgabt hat.

§ 15 (Gerichtliche Vertretung)
Für Klagen aus Konsumentenkreditverträgen können sich die Mitglieder von Verbraucherverbänden und berufsständischen Organisationen durch deren satzungsmäßige Vertreter rechtlich beraten und gerichtlich vertreten lassen.

Erläuterungen:

zu § 1:	s. o. S. 113 ff., 121
zu § 2:	Ostler/Weidner, AbzG § 1 Rdn. 44
zu § 3:	s. o. S. 479 ff., 503 ff.
zu § 4 Abs. 1:	s. o. S. 295 ff., 351 f.
zu § 4 Abs. 2:	s. o. S. 377 ff., 406 ff.
zu § 5 Abs. 1	vgl. Art. 8 Entwurf einer EG-Richtlinie;
Ziff. 1-6:	§§ 1638a, 1639 CCPA
zu § 5 Abs. 1	vgl. Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen
Ziff. 7:z	zum Verbraucherschutz, S. 234 f.
zu § 6:	s. o. S. 509 ff.
zu § 7:	s. o. S. 207 ff.
zu § 8:	s. o. S. 467 ff.
zu § 9:	Reifner/Weitz/Uesseler, Tatsachen, S. 250 ff.
zu § 10:	s. o. S. 412 ff.
zu § 11:	s. o. S. 399 ff.
zu § 12:	s. o. S. 435 ff.
zu § 13:	s. o. S. 464 ff.
zu § 14:	s. o. S. 508
zu § 15:	s. o. S. 511

LITERATURVERZEICHNIS

ABEL-SMITH/ZANDER/BROOKE
Legal Problems and the Citizen,
London 1973

ABENDROTH
Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland,
Festschrift Bergstraesser 1954, S. 279 ff.
- Das Grundgesetz,
4. Aufl. Pfullingen 1973

ALTHUSSER/BALIBAR
Das Kapital lesen I,
Reinbek 1972

ARBEITSGRUPPE BEIM BUNDESMINISTER DER JUSTIZ
Erster Teilbericht,
recht, März 1974

ASSMANN/KIRCHNER/SCHWARZE (Hrsg.)
Ökonomische Analyse des Rechts,
Kronberg 1978

BACHMANN
Die Restforderung der Teilzahlungsbanken gegen den säumigen Schuldner,
NJW '78, 865 (866)

BAMBECK
"Keine Not mehr mit den 'Notleidenden'!"
TW73, 2/11

BANK FÜR HANDEL UND INDUSTRIE
Geschäftsbericht 1973

basis-daten
Zahlen zur sozio-ökonomischen Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland,
Bonn / Bad Godesberg 1975

BAUMGÄRTEL
Gleicher Zugang zum Recht für alle,
Köln - Berlin - Bonn - München 1976

BAUR
Rückzahlungsanspruch des Abzahlungskäufers gegen die Finanzierungsbank bei nicht ordnungsgemäßer Leistung durch den Verkäufer, NJW '75, 2008

BAUR
Sachenrecht,
5. Aufl. München 1970, 8. Aufl. München 1975

BELKE
Abstrakte Schadensberechnung und Anscheinsbeweis am Beispiel des Zinsschadens,
JZ 69, 586

BENÖHR
Konsumentenschutz vor 80 Jahren,
ZHR 74, 492

BERNSTEIN
Geschichte der Berliner Arbeiterbewegung, 3. Teil,
Berlin 1910

BETTERMANN
Die Geldentwertung als Rechtsproblem,
ZRP '74, 14
- Zur Verbandsklage,
ZZP 1972, S. 133 ff.

BEUTHIEN
Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis,
Tübingen 1969

BERNITZ
Schwedisches Verbraucherschutzrecht,
RabelsZ 1976, 593 f.

v. BIEBERSTEIN, FRHR. MARSCHALL
Regent legislative and judical trends in consumer credit in Germany, in: Ziegel/Forster (Hrsg.), Aspects of comparative commercial law
London 1969, S. 166 ff.

BINDER
Rechtsnatur und Inhalt des Leasing-Vertrages,
Diss. Köln 1967

BLANKE
Funktionswandel des Streiks im Spätkapitalismus - Am Beispiel des Lehrlingsstreiks,
Frankfurt / Main 1972
- Probleme einer Theorie des Arbeitsrechts,
KJ '73, 349 ff.

BLANKENBURG/REIFNER
Rechtshilfe für sozial Schwache,
Reprint Series des WZB, Juni 1976 I/76-36

BLANKENBURG/BLANKENBURG/MORASCH
Der lange Weg in die Berufung,
in: Rolf Bender (Hrsg.), Tatsachenforschung in der Justiz,
Tübingen 1972

BLOMEYER, ARWED
Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb,
AcP 153, 239
- Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers,
AcP 162, 193 ff.

BLOMEYER, Jürgen
Die zeitliche Begrenzung der Gebrauchsvergütung nach § 2 AbzG -
Zugleich Bemerkungen zum Verhältnis von § 2 AbzG zu § 346 f. B
MDR 68, 6 ff.
- Das Finanzierungsleasing unter dem Blickwinkel der Sachmängelhaf
tung und des Abzahlungsgesetzes,
NJW '78, 973

BOOK
Leasing in Deutschland,
in: Leasing Handbuch,
2. Aufl. 1968, S. 167 ff.

BRAUNS/JAEGGI/KISKER/ZERDICK
Die SPD in der Krise - Die deutsche Sozialdemokratie seit 1945,
Ffm 1976

BROX
Grundbegriffe des Arbeitsrechts,
Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz 1967

VON BRÜNNECK
Die Justiz im deutschen Faschismus,
KJ 1970, 21 ff.

BUSCH/SEELOW
Zur politischen Ökonomie des Geldes
Kursbuch 36 (Juni 74), S. 22 f.

VON CAEMMERER
Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB,
in: Gesammelte Schriften, Hrsg. Leser,
Tübingen 1968, S. 554
- Wandlungen des Deliktsrechts,
in: Gesammelte Schriften (Hrsg. Leser)
Tübingen 1968, S. 452

CALAIS-AULOY
La loi Royer et les Consommateurs,
Recueil Dalloz Sirey 1974, 16^{e} Cahier - Chronique - XVIII, S. 194

CAMERON
Hire Purchase and the Stability of Consumption,
Economics Record Melbourne, 1961, 497

CAPLOWITZ
Consumers In Trouble - A Study of Debtors in Default,
New York 1975
- The Poor Pay More,
New York 1967

CARLIN/HOWARD/MESSINGER
Civil Justice and the Poor
New York 1967

CERAMI
L 'uso alternativo del diritto: prospettive e metodi
Magistratura Democratica aprile 1970 Nr. 2 S. 27 ff.

CLAUSS/EBNER
Grundlagen der Statistik für Psychologen, Pädagogen und Soziologen,
Berlin (DDR) 1971

COING
Zum Problem des sogenannten Durchgriffs bei juristischen Personen,
NJW '77, 1793

COMMERZBANK (HRSG.)
Wer gehört zu wem?
10. Aufl. Frankfurt / Main 1973

CRAMER
Sonderangebot Kredit,
TW 76, 3/30

CRISOLLI/OSTLER
AbzG,
5. Aufl. München 1958

CURRAN
Trends in Consumer Credit Legislation
Chicago 1966

DÄUBLER
Gesellschaftliche Interessen und Arbeitsrecht. Zum Selbstverständnis der Arbeitsrechtswissenschaft,
Köln 1974
- Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts,
in: Streik und Aussperrung - Protokoll der wissenschaftlichen Veranstaltung der Industriegewerkschaft Metall vom 13. bis 15. September 1973 in München, Hrsg. M. Kittner,
Frankfurt / Main 1974

DÄUBLER/SIELING-WENDELING/WELKOBORSKY
Eigentum und Recht, Die Entwicklung des Eigentumsbegriffs im Kapitalismus,
Neuwied/Darmstadt 1976

DAUM
Der Bundesgerichtshof zum finanzierten Abzahlungskauf,
NJW '68, 372 (34)

DEUTSCHE BUNDESBANK
Deutsches Geld- und Bankwesen in Zahlen 1876-1975,
Frankfurt / M., o. J.
- Geschäftsbericht 1972
- Monatsberichte der Deutschen Bundesbank

DIAMOND
Instalment Credit: An Introductionary Survey, in: Diamond (Ed.),
Instalment Credit,
London 1970

DICHTL
Zur Schutzwürdigkeit des Verbrauchers,
in: Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft (Hrsg. Pichtl),
Berlin 1975, S. 23 ff.

DILCHER
Schuldrecht Besonderer Teil
Berlin / New York 1974

DITKO
Praktische Verkaufsschule für Bankkaufleute,
Frankfurt a. M. 1975

DRATH
Rechtsdogmatik als Selbstzweck,
in: Das Rechtswesen - Lenker oder Spiegel der Gesellschaft,
München 1967

DREIER
Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft,
Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1972, Bd. 2,
S. 36 ff.

DRESDNER BANK
Geschäftsbericht 1973

EFFER
Die Bedeutung des Konsumentenkredits für den deutschen Einzelhandel, in: Schneider (Hrsg.), Festschrift für Walter Kaminsky,
Frankfurt/M. 1969

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
Dritter Vorschlag für Artikel, die als Grundlage eines Entwurfs einer Richtlinie über Verbraucherkredit zur Diskussion gestellt werden, v. Mai 1976 vv. Manuskript

EHRLICH
Grundlegung einer Soziologie des Rechts,
3. Aufl. Berlin 1967

EHRLICHER/ESENWEIN-ROTHE/JÜRGENSEN/ROSE (Hrsg.)
Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Bd. 1 und 2,
3. Aufl. Göttingen 1972

EITH
Zum Schutzbedürfnis gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen,
NJW 1974, 16

EMGE
Die Bedeutung der rechtssoziologischen Sachverhalte für die Dogmatik, Kölner Zeitschrift für Soziologie, Sonderheft 11, S. 182 ff.

EMMERICH
Der finanzierte Abzahlungskauf,
JuS 1971, 273

ENGELS/KAUTSKY
Juristensozialismus,
MEW 21, S. 491 f.

ENNECCERUS-NIPPERDEY
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd.,
Tübingen 1959

ERMAN
BGB Handkommentar, 1. Band,
6. Aufl. Münster 1975

ESSER
Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs,
JZ '75, 555
- Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht,
AcP 172 (1972) S. 97 ff.
- Schuldrecht Bd. 1, Allgemeiner Teil,
3. Aufl. Karlsruhe 1968
- Schuldrecht Bd. 2, Besonderer Teil,
4. Aufl. Karlsruhe 1971
- Das Verhältnis von Kaufvertrag und Darlehensvertrag beim B-Geschäft des finanzierten Teilzahlungsgeschäfts,
in: Tübinger Festschrift für Eduard Kern, Tübingen 1968, S. 87 ff.
- Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung,
Frankfurt a. M. 1970

ESSER
Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen,
2. Aufl. Frankfurt / Main 1969

ESSER-SCHMIDT
Schuldrecht Bd. 1, Allgemeiner Teil, Teilband 1 u. 2,
5. Aufl. Karlsruhe 1975

ESSER-WEYERS
Schuldrecht Bd. II, Besonderer Teil, Teilband 1 u. 2,
5. Aufl. Karlsruhe 1977

EWALD
Das geltende Abzahlungsgesetz und seine Reform, Arbeitskreis fü
Absatzfragen, Heft 6, Köln - Berlin 1956
- Abzahlungsverkäufe
MDR 55, 69
- Um die 'Einheit' zwischen Darlehensvertrag und Kaufvertrag beim
"finanzierten" Abzahlungsgeschäft,
MDR '56, 583
- Teilzahlungsfinanzierungsinstitut und Händler
MDR 1960, 9
- Neues Teilzahlungsrecht, Arbeitskreis für Absatzfragen, Heft 7,
Köln - Berlin 1959

FABIUNKE/HOFMANN/UHLIG
Der Binnenhandel im staatsmonopolistischen Kapitalismus der BR
Berlin (DDR) 1972

FABRICIUS
Zur Dogmatik des "sonstigen Rechts",
AcP 160 (1961), 273
- Schlechtlieferung und Flaschlieferung beim Kauf,
JuS '64, 1 ff.

FECHNER/SCHNEIDER
Nochmals: Verfassungswidrigkeit und Rechtsmißbrauch im Aktien
recht,
JZ 62, 28

FIKENTSCHER
Schuldrecht,
5. Aufl. Berlin - New York 1975

FINCKE
Vertrauen in die wirtschaftliche Vernunft des Konsumenten, in:
Schneider (Hrsg.), Festschrift für Walter Kaminsky, 1969

FISCHER
Refinanzierung der Teilzahlungsbanken im Zentralbanksystem,
TW 1954, 53

FISCHER
Das Teilzahlungskreditgeschäft, Schriftenreihe des Wirtschaftsverbandes der Teilzahlungsbanken, Heft 2,
Stuttgart / Köln 1952

v. FISCHER
Das Passivgeschäft der Teilzahlungsbanken,
in: Schneider (Hrsg.), Festschrift für Walter Kaminsky,
Frankfurt / M. 1969

FLUME
Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft,
2. Aufl. Berlin - Heidelberg - New York 1975
- Diskussionsbeitrag, VVDStRL (1952), S. 157

FORSTHOFF
Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil
10. Aufl. München 1973

FRAENKEL, E.
Der Doppelstaat
Ffm - Köln 1974

FRAENKEL
Die politische Bedeutung des Arbeitsrechts,
in: Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik,
Neuwied / Berlin 1966, S. 247 ff.

DR. GABLERS WIRTSCHAFTSLEXIKON
hrsg. von R. u. H. Sellien, Bd. 3, Frankfurt / M. 1972

GALBRAITH
The New Industrial State,
New York 1968

GALTUNG
Institutionalisierte Konfliktlösung,
in: Konflikt und Konfliktstrategie (Hrsg. Bühl), 1972, S. 113 ff.

GEIGER
Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts,
Neuwied 1964

GERNHUBER
Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund - Zur Lehre von den Vertragsverbindungen,
Festschrift Larenz, München 1973, S. 455 ff.

GILLES
Der sogenannte Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Umsatz- und Dienstleistungsgeschäften als rechtspolitisches und methodisches Problem, JZ 1975, 305

GOLDBECK
Insolvenz-Signale,
TW 76, 1/19

GOODE
The Consumer Credit Act 1974, The Cambridge Law Journal
April 1975, S. 79

GUTENBERG
Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 2. Band, Der Absatz,
14. Aufl. Berlin - Heidelberg - New York 1973

HABERMAS
Erkenntnis und Interesse,
Ffm 1968
- Technik und Wissenschaft als Ideologie,
in: Technik und Wissenschaft als Ideologie,
3. Aufl. Frankfurt / Main 1969, S. 48 ff.
- Vorlesung "Theorie der Sozialisation",
Frankfurt / Main 1968 vv. Manuskript

HANDLEXIKON ZUR RECHTSWISSENSCHAFT
(Hrsg. Görlitz), Reinbek 1974

HANNES
Der Konsumentenkredit in Literatur und Rechtsprechung des
Jahres 1977,
TW 78, 2/19

HARTWICH
Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status quo
Köln / Opladen 1970

HAUG, W. F.
Zur Ästhetik der Manipulation,
in: Warenästhetik, Sexualität und Herrschaft,
Frankfurt / Main 1972, S. 31 ff.
- Was soll materialistische Erkenntnistheorie
Argument 1973 Heft 81, S. 559
- Kritik der Warenästhetik,
in: Warenästhetik, Sexualität und Herrschaft,
Frankfurt / Main 1972 S. 11 ff.

HAUG, F.
Kritik der Rollentheorie,
Frankfurt / Main 1972

HAUPTGEMEINSCHAFT DES DEUTSCHEN EINZELHANDELS,
25. Arbeitsbericht, 1972, 26. Arbeitsbericht

HAUSMANN
Die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung,
Berlin 1891

HECK
Wie ist den Mißständen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften her ausgestellt haben, entgegenzuwirken?, in: Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages 1891, Bd. 2,
Berlin 1891

HEGEL
Rechtsphilosophie (Hrsg. Löwith/Riedel),
Frankfurt / Main 1968

HEILBRONNER
Im Namen des Profits oder Fahrlässigkeit als Unternehmensprinzip,
Reinbek 1973

HELLWIG
RuW Heft 1 (1912)

HELM
Privatautonomie und zivilrechtlicher Verbraucherschutz,
Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, Hrsg. Dichtl,
Berlin 1975 S. 61

HENCKEL
Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht,
AcP 174, 97 ff.

HENKE
Grundfragen rechtlichen Verbraucherschutzes,
in: Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft, Hrsg. Dichtl,
Berlin 1975 S. 43

HENNING
Das industrialisierte Deutschland 1914 bis 1972,
Paderborn 1974

HERRMANN
Die Bedeutung der Konsumentenfinanzierung für den Absatz langlebiger Konsumgüter, in: Schneider (Hrsg.), Festschrift für
Walter Kaminsky,
Frankfurt / M., 1969

HESSE
Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,
5. Aufl. Heidelberg - Karlsruhe 1972

v. HIPPEL
Verbraucherschutz,
Tübingen 1974

HIRSCH
Rechtssoziologie heute, Kölner Zeitschrift für Soziologie, Sonderheft 11 S. 9

HOERTER
Der finanzierte Abzahlungskauf,
Bad Homburg / Berlin / Zürich 1969

HOFMANN, W.
Grundelemente der Wirtschaftsgesellschaft - Ein Leitfaden für Lehrende,
Reinbek 1969

HOFMANN, J.
Das Theater mit der Rollentheorie,
Das Argument Heft 83, Dez. 1973 S. 927 ff.

HOLSCHBACH
Rechtsfragen um das Widerrufsrecht nach § 1b AbzG,
NJW 75, 1109

HOLZKAMP
Die historische Methode des wissenschaftlichen Sozialismus und ihre Verkennung durch J. Bischoff,
Argument 1974, Heft 84, S. 1 ff.

HONSBERGER
Relief for the overcommitted debtor in Canada, in ed.: Ziegel/Foster, Aspects of Comparative Law, Montreal 1969

HORN
Geldwertveränderungen, Privatrecht und Wirtschaftsordnung,
Karlsruhe 1975
- Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts - Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der "Economic Analysis of Law"
AcP 176 (1976), 306 ff.

HUECK/NIPPERDEY
Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Bd.,
Berlin u. Frankfurt/Main 7. Aufl. 1963

HUFFSCHMID
Die Politik des Kapitals - Konzentration und Wirtschaftspolitik in der Bundesrepublik,
8. Aufl. Frankfurt/Main 1972

HUFFSCHMID/SCHUI
Gesellschaft im Konkurs?, Handbuch der Wirtschaftskrise in der BRD 1973-1976,
Köln 1976

HUHN
Neues Recht durch neue Richter,
aus Politik und Zeitgeschichte Beilage zu "Das Parlament" vom 23. Okt. 1976 B 43 S. 37

JAHRESBERICHT DER DEUTSCHEN BUNDESBANK
1972

JAROWINSKY
Monopolisierung im Einzelhandel der BRD,
IPW-Forschungshefte 2/1972, 92 f.

JASTROW
Wie ist den Mißständen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegenzuwirken?,
in: Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages 1892, Bd. 1, Berlin 1892

JUDITH u. a.
25 Jahre Montanmitbestimmung,
Schriftenreihe der IG-Metall Heft 26, Frankfurt / Main 1976

JULANDER
Evaluation of Consumer Information in Proceedings Of The Second Workshop On Consumer Action Research,
Berlin, April 9-12, 1975
Wissenschaftszentrum Berlin I/1975-3

KAHN-FREUND
Der Funktionswandel des Arbeitsrechts,
in: Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik,
Neuwied / Berlin 1966, S. 211 ff.

KALB
Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre,
Berlin 1977

KAMINSKY, Stefan
Märkte der Finanzierungsgesellschaften in der Zukunft,
TW 74 4/16 (17)

KAMINSKY, W.
"Ratenschreck" als Gesetzgeber,
TW 1954, 12
- Teilzahlungsbanken,
4. Aufl. Frankfurt / M. / Tübingen 1970

KATONA
Das Verhalten der Verbraucher und Unternehmer,
Tübingen 1960
- Die Bedeutung des Konsumentenkredits in der Wirtschaft der USA,
in: Schneider (Hrsg.), Festschrift für Walter Kaminsky,
Frankfurt/M. 1969
- Die Macht des Verbrauchers,
Düsseldorf / Wien 1962

KAUPEN
Die Hüter von Recht und Ordnung - Die soziale Herkunft, Erziehu
und Ausbildung der deutschen Juristen,
Darmstadt - Neuwied 1974
- Das Verhältnis der Bevölkerung zur Rechtspflege,
Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 3, 1972,
S. 555

KOCH/STÜBIG
Allgemeine Geschäftsbedingungen - Kommentar für Studium und
Praxis,
Neuwied / Darmstadt 1977

KELSEN
Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode,
Aalen 1970
- Reine Rechtslehre,
2. Aufl. Wien 1960

KAMENDER
Anm. zu OLG Frankfurt,
NJW 47/48, 425

KEUK
Vermögensschaden und Interesse,
Bonn 1972

KEYNES
Allgemeine Theorie der Beschäftigung, des Zinses und des Geldes
3. Aufl. Berlin 1966

KITTNER (Hrsg.)
Streik und Aussperrung - Protokoll der wissenschaftlichen Veran-
staltung der Industriegewerkschaft Metall vom 13. bis 15. Septem
ber 1973 in München,
Frankfurt / M. 1974

KLAUSS
Abzahlungsgeschäfte, Kommentar zum AbzG,
Stuttgart u. Köln 1950

KLEIN
The Cyclical Timing of Consumer Credit 1920-1967,
New York 1971

KLOTEN
Erfolg und Mißerfolg der Stabilisierungspolitik (1969-1974),
in: Deutsche Bundesbank, Währung und Wirtschaft in Deutschland
1876-1976
Frankfurt / Main 1975 S. 659

KOCH
Die Entwicklung der deutschen Teilzahlungswirtschaft seit 1945 und ihre Problematik,
Berlin (West) 1956

KOCH/HAAG
Die Rechtsnatur des Leasing-Vertrages,
BB 68, 93

KÖHLER
Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis,
München 1971

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN,
Dritter Vorschlag für Artikle, die als Grundlage eines Entwurfs einer Richtlinie über Verbraucherkredit zur Diskussion gestellt werden, Mai 1976 vv. Manuskript

KÖNIG
Konsumentenkredit - Die Neuordnung in den USA und deutsche Reformprobleme,
Stuttgart 1971

KÖTZ
Diskussion zu den Referaten Esser, S. Simitis und Pleyer,
AcP 172 (1972), S. 172

KOLLPACK
Die abstrakte Schadensberechnung,
Diss. Düsseldorf 1960

KRASNITZKY
Die Lehre vom Betriebsrisiko - Eine ökonomisch orientierte Kritik juristisch-ökonomischer Argumente,
Diss. Frankfurt / M. 1971

KRAWIETZ
Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft,
RuP 1970, 150 ff.
- Juristische Methodik und ihre rechtstheoretischen Implikationen,
Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2, 1972,
S. 12
- Was leistet die Rechtsdogmatik in der rechterlichen Entscheidungspraxis,
Österreichische Zeitung für Öffentliches Recht 1972, 47 ff.

KREBS
Arbeitsförderungsgesetz,
17. Lfg., Juni 1975

KRUG
Konsumentenkredit in Vergangenheit und Gegenwart,
TW 74 4/13

KÜHNL
Formen bürgerlicher Herrschaft,
Reinbek 1971

KRIELE
Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Beispiel der Verfassungsinterpretation,
Berlin 1967

KUNDENKREDITBANK
Geschäftsbericht 1972

LARENZ
Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht,
NJW 63, 737
- Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts,
3. Aufl. München 1975
- Lehrbuch des Schuldrechts,
1. Band, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. München - Berlin 1967,
11. Aufl. 1976
2. Band, Besonderer Teil, 7. Aufl. München - Berlin 1965,
12. Aufl. 1972
- Das Zurückbehaltungsrecht im dreiseitigen Rechtsverhältnis, Zur Rechtslage des Käufers beim "finanzierten Ratenkauf",
in: Festschrift für Karl Michaelis, Göttingen 1972, S. 193 ff.

LASALLE
Das System der erworbenen Rechte - Eine Versöhnung des positiven Rechts mit der Rechtsphilosophie,
Leipzig 1861

LAUFKE
Vertragsfreiheit und Grundgesetz,
in: Festschrift Heinrich Lehmann 1956, I, S. 145 ff.

LAUN
Konkurse und ihre Ursachen,
TW 75 2/22

LAUTMANN
Justiz - die stille Gewalt,
Frankfurt / Main 1972
- Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1971

LAZARUS
Das Recht des Abzahlungsgeschäfts,
Berlin 1898

LEMPPENAU
Gattungsschuld und Beschaffungspflicht - Kritisches zu § 279 BGB, Schriften zum Bürgerlichen Recht Bd. 5, Berlin 1972

LEWIS
Some Factors in the Growth of Consumer Credit, The Journal of Finance (USA), 11 1956 S. 255

LEXIKON "WIRTSCHAFT" DES DEUTSCHEN TASCHENBUCH VERLAGES (dtv)
Bd. 7 1973

LIMBACH
Die rechtliche Erheblichkeit gesellschaftlicher Unwissenheit, in: Friedman/Rehbinder (Hrsg.), Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 4, 1976, S. 307 ff.
- Der verständige Rechtsgenosse, Berlin 1977

LIPFERT
Einführung in die Währungspolitik, 3. Aufl. München 1967

LÖWE
Neuerungen im Abzahlungsrecht, NJW 74, 2257

LÖWE/GRAF v. WESTPHALEN/TRINKNER
Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Heidelberg 1977

LORENZ
Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen, JuS 68, 441 (444)

LUHMANN
Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart / Berlin / Köln 1974

LUTZ
Der Konsumentenkredit, Arbeitskreis für Absatzfragen, Heft 1, Köln / Berlin 1954

MANDEL
Der Spätkapitalismus, 1. Aufl. Frankfurt / Main 1972

MANN
Geldentwertung und Recht NJW 74, 1297

MARSCHALL VON BIEBERSTEIN, FRHR.
Das Abzahlungsgeschäft und seine Finanzierung, Berlin 1959

MARX
Das Kapital - Kritik der politischen Ökonomie Bd. 1 Berlin (DDR)
Marx-Engels-Werke Bd. 23
Bd. 3 Berlin (DDR), 1972
Marx-Engels-Werke Bd. 25
- Theorien über den Mehrwert Bd. 1,
Marx-Engels-Werke, Berlin (DDR) 1973, Bd. 26,1
- Vorwort zur Kritik der Politischen Ökonomie
Marx-Engels-Werke Bd. 13, Berlin (DDR) 1969, S. 819
- Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie, Einleitung
Marx-Engels-Werke Bd. 1, Berlin (DDR) 1968, S. 378

MATERIALIEN ZUM BERICHT ZUR LAGE DER NATION 1974
BT-Drucks. 7/2423, Nr. 272, 7. Wahlperiode, Nr. 274

MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ
Kommentar zum Grundgesetz,
Stand 1977

v. MAYDELL
Geldschuld und Geldwert,
München 1974

MEDICUS
Bürgerliches Recht,
7. Aufl. Köln / Berlin / Bonn / München 1975
3. Aufl. 1970
- Durchblick: Drittbeziehungen im Schuldverhältnis
JuS 74, 613 (622)
- Die konkretisierte Gattungsschuld
JuS 66, 297

DE MELLO
Publicité, Consommation et Moralité, Gazette du Palais Nr. 5 197
(septembre) S. 718

MENGER, Anton
Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen,
Neudruck Darmstadt 1968

MERTENS, H. J.
Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht,
Stuttgart / Berlin / Köln / Mainz 1967

MEYER, H.
Die Öffentlichkeit sachlich informieren,
TW 76, 3/12

MEYER-CORDING
Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?
Recht und Staat, Heft 428/429, 1973

MIAILLE
Une Introduction critique au droit,
Paris 1976

MÖHRING
Die gesetzliche Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die AGB der Banken,
NJW 74, 1689

MÖLLERS
Der BGH zur Teilzahlungsfinanzierung,
NJW 73, 1919
- Probleme zum Kundenfinanzierungsvertrag,
NJW 55, 1423
- Probleme zum Kundenfinanzierungsvertrag,
NJW 56, 1740
- Der Bundesgerichtshof zur Teilzahlungsfinanzierung,
NJW 67, 1782

MOSCHETTO/PLAGNOL
Le crédit à la consommation,
Paris 1973

MOSEL
Leasing contra Abzahlungsgesetz,
NJW 74, 1454

MOTTEK
Wirtschaftsgeschichte Deutschlands, Bd. II
Berlin (DDR) 1973

MOTTEK/BECKER/SCHRÖTER
Wirtschaftsgeschichte Deutschlands, Ein Grundriß, Bd. III
Berlin (DDR) 1974

MOXTER
Bilanzlehre,
Wiesbaden 1974

MÜCK
Die Gewährleistungsansprüche des Käufers beim finanzierten Abzahlungsgeschäft (B-Geschäft) in der Dogmatik des bürgerlichen Rechts,
Diss. Münster 1964

MÜCKENBERGER
Legitimation durch Realitätsverleugnung,
KJ 71, 248

MÜLLER, J. H.
Produktionstheorie, Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Bd. 1,
3. Aufl. Göttingen 1972, S. 57 ff.

MÜLLER-LAUBE
Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft,
Baden-Baden 1973

v. MÜNCH (Hrsg.)
Grundgesetz-Kommentar Bd. 1,
Frankfurt / Main 1974

NAGEL
Die Aufklärung des Verbrauchers im Teilzahlungskredit, Lücken des Rechtsschutzes in Gesetz und Rechtsprechung, Vorschläge zur Reform, Diss. Frankfurt a. M. 1972

NATHAN
Teilzahlungskauf und Rechtspositivismus,
NJ 60, 335 (340)

NAUCKE
Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften,
Frankfurt / M. 1972

NEGT
Thesen zur marxistischen Rechtstheorie
KJ 73, 1

NEUMANN, T.
Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft,
in: Demokratischer und autoritärer Staat,
Frankfurt / Main 1967 S. 7 ff.

OBST/HINTNER
Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens,
36. Aufl. Stuttgart 1967

OSTERLAND/DEPPE/GERLACH/MERGNER/PELTE/SCHLÖSSER
Zur Lebens- und Arbeitssituation der Industriearbeiter in der BRD
4. Aufl. Frankfurt / M., 1973

OSTLER/WEIDNER
Abzahlungsgesetz,
6. Aufl. Berlin - New York 1971

OTT
Preistheorie,
in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre Bd. 1 (Hrsg. Ehrlicher/Esenwein-Rothe/Jürgensen/Rose),
Göttingen 1972 S. 171 ff.

PAGENDARM
Das finanzierte Abzahlungsgeschäft - Bemerkungen zu acht neuen Urteilen des Bundesgerichtshofs, WM 67, 434 (435)

PALANDT
BGB
29. Aufl. München / Berlin 1970
34. Aufl. München / Berlin 1975
35. Aufl. München / Berlin 1976

PAPIER
Rechtsprobleme der Inflation,
JuS 74, 477

PASCHUKANIS
Allgemeine Rechtslehre und Marxismus,
Frankfurt / Main 1966

PFARR
Zur Problematik des Rechts auf Arbeit, - Exemplum: DDR
DuR 4/73, 124 ff.

PLATHE
Die rechtliche Beurteilung des Leasinggeschäftes,
Diss. München 1969

POHL
Der Konsumentenkredit - Ein Diskussionsbeitrag, Konjunkturpolitik
1954/55, S. 482

POSNER
Economic Analysis of Law,
Boston, Toronto 1. Aufl. 1972

PROJEKT KLASSENANALYSE
Materialien zur Klassenstruktur der BRD, 2. Teil,
Westberlin 1974

PROJEKTGRUPPE MAHNVERFAHREN UND KONSUMENTENKREDIT
Projektgruppenbericht
vv. Mskrpt Berlin 1974

PROTOKOLLE DER KOMMISSION FÜR DIE ZWEITE LESUNG DES ENTWURFS DES BÜRGERLICHEN GESETZBUCHS
(Hrsg. Reichs-Justizamt) Bd. II

RAAPE
Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf
AcP 150 (1949) S. 481 ff.

RAEKE
Dienst am Recht,
JW 36, 1 ff.

RAISCH, Peter
Sind die Rechtsfolgen der Rückabwicklung nach dem Abzahlungsges
für den Käufer günstiger als die Rücktrittsregelung des BGB?
in: Festschrift Friedrich Weber 1975, S. 357 ff.

RAISER, Ludwig
Aufgabe und Verantwortung des Juristen in unserer Gesellschaft,
Festgabe Eduard Kern (Hrsg. Jescheck), Hamburg 1957, S. 383 ff.
- Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961
- Zur Eigentumsgarantie des Grundgesetzes,
AöR 78 (1952-53), S. 118
- Funktionsteilung des Eigentums,
in: Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht,
Festgabe Sontis, Hrsg. Baur/Larenz/Wieacker,
München 77, S. 177 ff.
- Grundgesetz und Privatrechtsordnung,
Festvortrag auf dem Deutschen Juristentag 1966,
Verhandlungen des 46. DJT, Bd. II, Teil B, S. 38
- Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
NJW 64, 1201
- Marktbezogene Unlauterkeit,
GRUR Int. 73, 443
- Diskussionsbeitrag,
VVDStRL (1952), S. 158/159
- Vertragsfreiheit heute,
JZ 58, 1
- Die Zukunft des Privatrechts,
Berlin / New York 1971

RAISER, Thomas
Einwendungen aus dem Kaufvertrag gegenüber dem Finanzierungsinstitut beim finanzierten Abzahlungskauf,
RabelsZ Heft 3 Jg. 33, 1969 S. 457

RAMM, Thilo
Einführung in das Privatrecht / Allgemeiner Teil des BGB Bd. I u. II, München 1969

RASEHORN
Justizforschung abseits der Justiz,
ZRP 74, 90
- Recht und Klassen - Zur Klassenjustiz in der Bundesrepublik,
Darmstadt / Neuwied 1974

RASEHORN/OSTERMEYER/HUHN/HASSE
Im Namen des Volkes? - Vier Richter über Justiz und Recht,
Neuwied 1968

REHBINDER/BURGBACHER/KNIEPER
Die Bürgerklage im Umweltrecht,
Berlin 1972

REICH
Abzahlungsrecht und Verbraucherschutz,
JZ 75, 554
- "Leasing-Verträge", Abzahlungsrecht und Sittenwidrigkeit - AmtsG Lüdenscheid / NJW 1972, 2090
JuS 73, 480
- Marxistische Rechtstheorie,
Recht und Staat Heft 420/421 (1973)
- Alternative Rechtsformen - Von Rechtsnormen und subjektiven Rechten zu Aufgabennormen und Mitgestaltungsrechten - eine Skizze -,
Informationsbrief der Sektion Rechtssoziologie in der Deutschen Gesellschaft für Soziologie,
Nr. 11, Sept. 76, S. 23 ff.
- Leasing-Verträge,
in: Vahlens Rechtsbücher, Reihe Zivilrecht, Bd. 3, Vertragsschuldverhältnisse
- Markt und Recht,
Neuwied und Darmstadt 1977
- Sozialismus und Zivilrecht,
Frankfurt / Main 1972
- Verbraucherkredit,
in: Handbuch des Verbraucherrechts, Gruppe 50,
Hrsg. AgV/DGB Darmstadt-Neuwied 1976
- Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz,
ZRP 74, 187

REICH/TONNER
Neue Tendenzen im Verbraucherschutz gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen
DB 74, 1146

REICH/TONNER/WEGENER
Verbraucher und Recht,
Göttingen 1976

REICH/WEGENER
Verbraucherschutz und Wettbewerb
NJW 73, 1371

REICHSGERICHTSRÄTE-KOMMENTAR
BGB (Hrsg. von Mitgliedern des BGH) Bd. II, 1. Teil
12. Aufl. Berlin / New York 1976

REIFNER
Abzahlungsgesetz und Verbraucherschutz - Die gesellschaftliche Problematik des Konsumentenkredits und ihre zivilrechtliche Bewältigung,
Demokratie und Recht 1975, 133
- Gewerkschaftliche Orientierung von Anwälten in Frankreich,
KJ 76, 258 f.
- L'Organisation d'assistance juridique en R.F.A.-problémes et tendances, jura falconis Vol. XII, 1975/76 S. 473

REIFNER
Rechtsberatung - Gleiches Recht für alle,
Dokument und Analyse Heft 10/1976, S. 357 f.
- Unentgeltliche Rechtsberatung in West-Berlin, erscheint in: Jahrbu
für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 5, Düsseldorf 1978
- Der Schutzbereich eines Verbraucherschutzgesetzes und die Schutz
würdigkeit des Verbrauchers,
ZVP 1978 Heft 3
- Das System der Rechtsberatung in der Bundesrepublik Deutschland
- Probleme und Tendenzen,
JZ 1976, 504

REIFNER/BLANKENBURG
Rechtshilfe für sozial Schwache
siehe Blankenburg / Reifner

REIFNER/GORGES
Alternativen zur Rechtsberatung - Dienstleistung, Fürsorge und
kollektive Interessendurchsetzung,
demnächst in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie,
Bd. 6, 1978/79

REIFNER/WEITZ/UESSELER
Tatsachen zum Verbraucherschutz im Konsumentenkredit
Tübingen 1978

RENNER
Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion,
Stuttgart 1965

RICHTER/SCHLIEPER/FRIEDMANN
Makroökonomik,
Berlin / Heidelberg / New York 1974

RÖPKE
Der Borgkauf im Lichte sozialethischer Kritik,
Arbeitskreis für Absatzfragen Heft 3, 1953
- Vorgegessen Brot
Arbeitskreis für Absatzfragen Heft 5, 1955

ROPPO
Verbraucherschutz und Klassentheorie,
DuR 2'76, 109

ROSENBAUM
Naturrecht und positives Recht,
Darmstadt und Neuwied 1972

ROTH
Armut in der Bundesrepublik - Über psychische und materielle
Verelendung,
Frankfurt / Main 1974

RÜHL
Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft (einschließlich des Rechts der Teilzahlungsfinanzierung)
Berlin 1930

RÜTHERS
Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen,
Bad Homburg 1970
- Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus,
Frankfurt / Main 1973

SÄCKER
Der Streit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts,
JZ 71, 156

v. SCHENK
Der Begriff der "Sphäre" in der Rechtswissenschaft, insbesondere als Grundlage der Schadenszurechnung,
Berlin 1977

SCHIMANSKI
Zur Theorie des Konsumentenkredits,
Beiträge zur reinen und angewandten Wirtschaftstheorie aus dem Wirtschaftswissenschaftlichen Seminar an der Universität Kiel Nr. 3,
Tübingen 1958

SCHMIDT
Geplanter Verschleiß,
in: AgV/DGB (Hrsg.), Handbuch des Verbraucherrechts,
Darmstadt - Neuwied 1976, Gruppe 70

SCHMIDT, Eike
Von der Unbrauchbarkeit des an sich Brauchbaren oder
Zu den Ausstrahlungen des Radikalenerlasses im Zivilrecht,
DuR 1'77, S. 55 ff.

SCHMIDT, Jürgen
Ein "soziales Obligationsmodell" im Schuldrecht? Gedanken zur Neuauflage des Esserschen Lehrbuches,
AcP 176, 381 f.
- Privatrecht und Gesellschaftsordnung,
Rechtstheorie 1976 S. 33 ff.

SCHMIDT-SALZER
Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht,
NJW 70, 8

SCHMIDT-WEGENAST
Der Wandel in der Einstellung des Kreditwesens zum Konsumenten,
Festschrift Walter Kaminsky, Hrsg. Schneider, Frankfurt/Main 1968,
S. 121 ff.

SCHNEIDER, T.
Der Begriff des Verbrauchers im Recht,
BB 74, 764 ff.

SCHOLZ, Martin
Der Bankkredit,
3. Aufl., Taschenbücher für Geld, Bank und Börse, Bd. 9,
Frankfurt / M. 1971

SCHOLZ, Franz-Josef
Das B-Geschäft ist tot - Neuabgrenzung des Käuferschutzes im AbzG erforderlich
JZ 75, 727
- Der Konsumentenkredit in Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1975, TW 76, 6/18
- Der Konsumentenkredit in Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1976, TW 77, 2/17
- Teilzahlungsbanken und übrige Kreditwirtschaft,
TW 76 3/4

SCHOLZ
- Zur Zinsberechnung bei Teilzahlungskrediten B
BB 77, 527

SCHORK
Gesetz über das Kreditwesen,
8. Aufl. Stuttgart 1973

SCHULTE, Günther
Kreditsicherung - Welche Formen sind rechtlich und steuerlich empfehlenswert?
WIPERA - Fachschriften Neue Folge Band 6,
Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1973

SCHULZE-HEISING
Menschen ohne Auto, transfer 1, 1975, 86

RHEINISCHER SPARKASSEN- UND GIROVERBAND
Schwarzbuch "Vorsicht Kredithaie"

SCHWERDTNER
Die Garantie des Rechts auf Arbeit - Ein Weg zur Knechtschaft
ZfA 1977, 47 ff.

SEIDEL
Teilzahlungskredit und Geldschöpfung,
Heft 4 des Arbeitskreises für Absatzfragen, 1954

SEITER
Streikrecht und Aussperrung
Tübingen 1975

SERICK
Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. 1,
Heidelberg 1963

SIMITIS, Konstantin
Verbraucherschutz - Schlagwort oder Rechtsprinzip?
Baden-Baden 1976

SIMITIS, Spiros
Die faktischen Vertragsverhältnisse,
Frankfurt / Main 1957

SINZHEIMER
Der junge Marx und die Soziologie des Rechts,
in: ders., Arbeitsrecht und Rechtssoziologie Bd. 2,
Frankfurt / Main / Köln 1976
- Die Theorie der Rechtsquellen und das Arbeitsrecht
(1934) in: Sinzheimer, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Bd. 2,
Frankfurt/Main - Köln 1976, S. 79 ff.
- Das Weltbild des bürgerlichen Rechts,
in: ders., Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Bd. 2,
Frankfurt/Main u. Köln 1976, S. 313

SLEVOGT
Marketing im Bankgeschäft,
in: Schneider (Hrsg.), Festschrift für Walter Kaminsky,
Frankfurt/M. 1969

SÖLLNER
"Ohne Arbeit kein Lohn"
AcP 167 (1967), S. 132

SOMMADE
La Vente à Crédit,
Paris 1959

STATISTISCHES BUNDESAMT
Statistische Jahrbücher der Bundesrepublik Deutschland,
Stuttgart - Mainz 1967 - 1975

STAUDINGER
Kommentar zum BGB,
10./11. Aufl. Berlin 1967

STOYANOVITCH
Marxisme et Droit
Paris 1964

STRACK
Die Anwendung des Abzahlungsgesetzes auf Finanzierungsinstitute
und ihre Auswirkungen,
Diss. Köln 1960

STRÄTZ
Aushöhlung des Käuferschutzes,
(beim finanzierten Abzahlungskauf)
JR 72, 95 ff.

STREISSLER, E. u. M. (Hrsg.)
Konsum und Nachfrage,
Köln / Berlin 1966

STUCKA
Die revolutionäre Rolle von Recht und Staat,
Nachdruck Frankfurt/M. 1969

SYKES
Legal Needs of the Poor in Denver
Law and Society Review 4 (1969/70), S. 225 ff.

SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE
Au nom du peuple Français ...
Paris 1974

THEDIG
Suggestivwerbung und Verbraucherschutz,
Frankfurt / Main 1973

THIERFELD
Nochmals: Geldentwertung und Recht
NJW 74, 1854

THORELLI/BECKER/ENGLEDOW
The Information Seekers: A Comparative Study Of American And German Consumers, in: Proceedings Of The Second Workshop On Consumer Research, Berlin, April 9-12, 1975
Wissenschaftszentrum Berlin I/1975-3

TONNER
Verbraucherschutz und Klassentheorie - Erwiderung auf Enzo Roppo,
DuR 3'76, 241
- Zum Stellenwert des Verbraucherschutzes,
DuR 2'75, 119 ff.

TOPITSCH (Hrsg.)
Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie,
Frankfurt/Main 1972

ULMER/BRANDNER/HENSEN
AGB-Kommentar,
Köln 1977

VIEHWEG
Topik und Jurisprudenz
5. Aufl. München 1974

VOGEL
Bodenrecht und Stadtentwicklung,
NJW 72, 1544

WALTHER
Die Rechte des Käufers aus seinen Beziehungen zum Verkäufer gegenüber einem Finanzierungsinstitut insbesondere beim B-Geschäft,
Diss. Köln 1961

WASSERMANN
Gleicher Rechtsschutz für alle,
in: Freiheit in der sozialen Demokratie (Hrsg. Posser-Wassermann)
Karlsruhe 1975

WEBER
Geld und Kredit, Banken und Börsen,
Heidelberg 1959

WEBER
Leasing-Gesellschaften in der BRD
TW 73 5/10

WEBER, Max
Wirtschaft und Gesellschaft,
5. Aufl. Tübingen 1972

- Rechtssoziologie (Hrsg. Winckelmann),
2. Aufl. Neuwied und Berlin 1967

WEHLER
Das deutsche Kaiserreich 1817-1918,
Göttingen 1973

WEICK
Bewertung typischer Geschäftsformen oder Schutz in Härtefällen,
JZ 1974, 13

WEITNAUER
Die Haftung des Warenherstellers,
NJW 68, 1593
- Die bewußte und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens,
NJW 74, 1729

WIEACKER
Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik,
in: Hermeneutik und Dialektik. Hans-Georg Gad mer zum 70. Geburtstag 1970, Bd. II, S. 311 ff.

WIEACKER
Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen,
in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben,
Karlsruhe 1960, S. 6
- Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung,
Frankfurt/M 1974, S. 36 ff.
- Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft,
in: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung,
Frankfurt/M 1974 S. 9 ff.

WIETHÖLTER
Kauf unter Eigentumsvorbehalt und Gewährleistung für Rechtsmängel,
JZ 61, 693

WILKE
Wie ist den Mißständen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegenzuwirken?
in: Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentages 1891, Bd. 2,
Berlin 1891

WIRTSCHAFTSBERICHT DER TEILZAHLUNGSBANKEN
Jahresberichte 1951-1974

WÖHE
Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre,
Berlin und Frankfurt/M, 10. Aufl. 1973

WOLF, Ernst
Lehrbuch des Sachenrechts,
Köln / Bonn / Berlin / München 1971

WOLF, M.
Klagebefugnis oder Verbände - Ausnahme oder allgemeines Prinzip?
Tübingen 1971

ZÖLLER
Die Zivilprozeßordnung (Kommentar),
10. Aufl. München 1968

LEBENSLAUF

Am 21. 3. 1948 wurde ich, Udo Johannes Reifner, als Sohn des Kreisjugendwartes Egon Reifner und seiner Ehefrau Margarete Reifner, geborene Schlipköter, in Neukirchen Kreis Moers geboren. Nach vierjähriger Grundschule besuchte ich ab 1958 das naturwissenschaftliche Gymnasium in Neukirchen, das ich im September 1966 mit dem Abitur abschloß. Vom 1. Januar 1967 bis zum 31. März 1968 war ich beim Bundesgrenzschutz in Goslar und Hannover tätig.

Ab Sommersemester 1968 studierte ich in West-Berlin und später in Marburg/Lahn Rechtswissenschaften und ab Sommersemester 1969 im Zweitstudium Soziologie.

Nach dem 1. juristischen Staatsexamen in Frankfurt/Main wurde ich ab November 1972 wissenschaftlicher Assistenz am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin.

Seit August 1975 bin ich mit Ghislaine Benedetti verheiratet. Im September 1976 wurde unsere Tochter Claire Anna geboren.

Nach meinem zweiten Staatsexamen im März 1976 war ich Lehrbeauftragter und Stipendiat der Stiftung Mitbestimmung.